Die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten zugunsten und zu Lasten von Miteigentumsanteilen und Stockwerkeigentumseinheiten

Dissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bern

Vorgelegt von
Reto Mengiardi
von Ardez/GR

1972

Buchdruckerei Stämpfli + Cie AG Bern

Die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten zugunsten und zu Lasten von Miteigentumsanteilen und Stockwerkeigentumseinheiten

Dissertation
zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris der
Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Bern

Vorgelegt von
Reto Mengiardi
von Ardez/GR

1972

Buchdruckerei Stämpfli + Cie AG Bern

Die Fakultät hat diese Arbeit am 11. November 1971 auf Antrag von Prof. Dr. P. Liver als Dissertation angenommen, ohne zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Die gleiche Arbeit ist im Verlag Stämpfli & Cie AG Bern im Buchhandel erschienen als Heft 415 der

Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR

begründet von † Prof. Dr. Max Gmür, fortgesetzt durch † Prof. Dr. Theo Guhl, herausgegeben von Dr. Hans Merz, Professor der Rechte an der Universität Bern

©

Verlag Stämpfli & Cie AG Bern · 1972
Gesamtherstellung Stämpfli & Cie AG Bern
Printed in Switzerland

A meis genituors

Meinem verehrten Lehrer, Herrn Prof. Dr. P. Liver,
danke ich herzlich für das Interesse,
das er dieser Dissertation entgegengebracht hat
und für die Freiheit, die mir bei deren Ausarbeitung
gewährt wurde.

Diese Arbeit wurde im September 1971 abgeschlossen

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis 5
Literaturverzeichnis 9
Verzeichnis der Gesetzesmaterialien 16
Abkürzungsverzeichnis 18
Einleitung 21

1. Kapitel: Über das Wesen des Miteigentums

§ 1 *Überblick* 23

§ 2 *Ausschluss konkurrierender Eigentumsrechte an der gleichen Sache* 25
I. Exklusivität des Eigentums 25
II. Der Versuch, die Exklusivität des Eigentums zu umgehen 26

§ 3 *Ausschluss der Teilung des Eigentumsrechts. Über die Teilung dinglicher Rechte allgemein* 28
I. Über den Inhalt subjektiver Rechte 28
II. Unteilbarkeit des Eigentums als Inbegriff unter sich verschiedenartiger Einzelbefugnisse 30
1. Auf körperliche Einwirkungen gerichtete Befugnisse 30
2. Veräusserungs- und Belastungsbefugnis 31
3. Befugnis, natürliche Früchte zu ziehen 31
4. Befugnis, zivile Früchte zu ziehen. Surrogate des Eigentumsobjekts 33

§ 4 *Ausschluss mehrfacher Zuständigkeit eines subjektiven Rechts* 34
I. Inhaltsleere des Begriffs der Rechtsinnehabung 34
II. Das subjektive Recht als Mittel zur Abgrenzung verschiedener Machtsphären 36
III. Der Miteigentumsanteil als selbständiges subjektives Recht 38

§ 5 *Mit- und Stockwerkeigentümergemeinschaften als kollektive Einheiten* 39
I. Herrschende (dualistische) Lehre 39
II. Unvollkommenheit des juristischen Systems 40
III. Einseitige und mehrseitige Betrachtungsweise 41
1. Einseitige Betrachtungsweise 41
2. Mehrseitige Betrachtungsweise 41
a) Grundsätzliches 41
b) Beispiele 42
aa) Aussenverhältnis 42
bb) Vermögensfähigkeit 42
cc) Haftung 43
dd) Willensbildung 43
IV. Kollektive Einheiten 44

§ 6 *Quote (Bruchteil)* 46
I. Kein Recht 46
II. Kein Wert, sondern Verhältniszahl 46
III. Keine Angabe über die Nutzungsart 47

§ 7 *Anteil* ... 47
I. Begriff ... 47
II. Mitgliedschaftsrecht ... 48
III. Beispiele ... 49
IV. Hinweis auf andere Konstruktionsversuche ... 50
1. Dingliches Recht ... 50
2. Obligatorische Rechte ... 52
V. Dingliche Verteidigungsmittel ... 52

2. Kapitel: Belastung der Anteile

§ 8 *Methodische Vorbemerkungen* ... 54
I. Mehrseitige Betrachtungsweise ... 54
II. Die zu untersuchenden Typen beschränkter dinglicher Rechte ... 55

§ 9 *Belastungsobjekt* ... 56
I. Gesetzliche und theoretische Grundlagen der dinglichen Belastung von Rechten 56
II. Der Anteil als selbständiges Rechtsobjekt ... 57
1. Verhältnis zwischen Eigentumsbeschränkungen und Anteilsbelastungen . 57
2. Abweichende ausländische Lehrmeinungen ... 59
3. Gestalt des Belastungsobjekts ... 62
III. Der Anteil als einheitliches Belastungsobjekt ... 62

§ 10 *Anteilsinhalt. Dessen Auswirkungen auf die Belastung* ... 66
I. Ablehnung der Unterscheidung zwischen teilbaren und unteilbaren beschränkten dinglichen Rechten ... 66
II. Beschränkte dingliche Rechte als durch konstitutive Sukzession erworbene Rechte 68
III. Der Anteil als untaugliches Baurechtsobjekt ... 70
IV. Der Inhalt des Anteils und dessen Belastung mit Pfandrechten, Grundlasten und Nutzniessung ... 71
V. Der Anteil als Gegenstand von Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechten ... 73

§ 11 *Fixierung und grundbuchliche Darstellung des Anteilsinhalts. Auswirkungen auf die Belastung* ... 73
I. Inhaltlich «fixierte» beschränkte dingliche Rechte ... 73
II. Zuwenig weit gehende (gesetzliche) inhaltliche Bestimmtheit des gewöhnlichen Miteigentumsanteils ... 74
III. Inhaltliche Fixierung durch Nutzungs- und Verwaltungsordnung ... 76
1. Gewöhnlicher Miteigentumsanteil ... 76
2. Stockwerkeigentumseinheit ... 76
IV. Grundbuchliche Darstellung des Anteilsinhalts ... 77
1. Das Grundbuch als Einrichtung zur Darstellung rechtlicher Verhältnisse an Grundstücken ... 77
2. Unmöglichkeit, den Inhalt des durch Nutzungs- und Verwaltungsordnung ausgestalteten gewöhnlichen Miteigentumsanteils grundbuchlich darzustellen 78
3. Grundbuchliche Darstellung des Inhalts der Stockwerkeigentumseinheit .. 80
V. In der Nutzungs- und Verwaltungsordnung festgelegte unentziehbare Befugnisse 82
VI. Rechtsvergleichende Betrachtungen zu den bisherigen Ergebnissen ... 83
1. Belastung der «Stockwerkeigentumseinheit» nach ausländischen Rechtsordnungen ... 83
2. Belastung der Gemeinschaftssache durch einen einzigen Miteigentümer aus eigener Machtvollkommenheit: art. 1059 Ccit ... 88

§ 12 *Für die Dauer und bloss auf Zeit konzipierte Anteile. Auswirkungen auf die Belastung* 90
I. Beschränkte dingliche Rechte als für die Dauer gedachte Rechte 90
II. Die Stockwerkeigentumseinheit als für die Dauer konzipierter Anteil 92
1. Dauerhafter Bestand 92
2. Weitgehende inhaltliche Konstanz 95
III. Zuwenig ausgeprägte Stabilität des gewöhnlichen Miteigentumsanteils 95
1. «Prekäre» Existenz 95
2. Keine inhaltliche Konstanz 97
3. Ausnahmsweise Belastung des gewöhnlichen Anteils mit gewissen beschränkten dinglichen Rechten 97
a) Rechtfertigung der Ausnahmen 97
b) «Prekäre» Existenz des Anteils und dessen Belastung mit Pfandrechten 98
c) «Prekäre» Existenz des Anteils und dessen Belastung mit Grundlasten. 101
d) «Prekäre» Existenz des Anteils und dessen Belastung mit der Nutznies-sung 103

§ 13 *Gemeinschaftsverhältnis. Dessen Auswirkungen auf die Belastung* 106
I. Der Schutz der Gemeinschaft im allgemeinen 106
II. Schutz der Verwaltungsgemeinschaft 108
1. Einspracherecht gegen den Übergang des Stimmrechts auf den Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts 108
2. Geltungsbereich der Stimmrechtseinsprache 110
3. Stimmrechtseinsprache gegen die Bestellung eines Wohnrechts 112
4. Stimmrechtseinsprache und Wechsel des Inhabers des beschränkten dinglichen Rechts 113
III. Schutz der Nutzungsgemeinschaft. Die Einsprache des Art. 712 c II und III ZGB 113
1. Persönlicher Geltungsbereich der Einsprache 113
2. Sachlicher Geltungsbereich der Einsprache 114
a) Negative Dienstbarkeiten 114
b) Sachlicher Geltungsbereich auf Grund der Formulierung des Art. 712 c II ZGB 115
c) Sachlicher Geltungsbereich auf Grund anderslautender Vereinbarung . 116
3. Verhältnis der Stimmrechtseinsprache zur Einsprache zum Schutze der Nutzungsgemeinschaft 117
IV. Verfügungsfreiheit und Änderung der Zweckbestimmung des Gebäudes 118
1. Problem 118
2. Lösungsversuche 121
V. Wertverminderung des Anteils und Gemeinschaftsinteressen 125
VI. Widerrechtlicher Dienstbarkeitsinhalt, Gesetzesumgehung 126
1. Widerrechtlichkeit 126
2. Gesetzesumgehung 127

§ 14 *Ergebnisse des zweiten Kapitels* 129
I. Allgemeine Schranken der Belastung 129
1. Stimmrechtseinsprache (Einsprache zum Schutze der Verwaltungsgemeinschaft: § 13 I) 129
2. Einsprache zum Schutze der Nutzungsgemeinschaft (§ 13 I): Die Einsprache des Art. 712 c II und III ZGB 129
3. Allgemeine Voraussetzung der Errichtung inhaltlich fixierter beschränkter dinglicher Rechte 130
II. Die einzelnen beschränkten dinglichen Rechte 130
1. Pfandrechte 130

2. Grundlasten ... 130
a) Belastung des gewöhnlichen Miteigentumsanteils ... 130
aa) Öffentlich-rechtliche Grundlasten ... 130
bb) Privatrechtliche Grundlasten ... 130
cc) Unablösbare Grundlasten ... 130
b) Belastung der Stockwerkeigentumseinheit ... 131
3. Nutzniessung ... 131
4. Wohnrecht ... 131
5. Baurecht ... 131
6. Quellenrecht ... 131
7. Grunddienstbarkeiten und inhaltlich ihnen entsprechende Personaldienstbarkeiten (mit Ausschluss des Baurechts und des Quellenrechts) ... 131
a) Wegrechte ... 132
b) Andere Inhalte ... 132
III. Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrecht ... 132

3. Kapitel: Begünstigung der Anteile

§ 15 *Begünstigung mit Grunddienstbarkeiten* ... 133
I. Gewöhnlicher Miteigentumsanteil als herrschendes Grundstück ... 133
1. Mängel der herrschenden Lehre ... 133
2. Das Prinzip der Utilität und die Begünstigung des Anteils ... 136
3. Der der subjektiv-dinglichen Verknüpfung immanente Gedanke der Dauer und die «prekäre» Existenz des Anteils ... 137
II. Stockwerkeigentumseinheit als herrschendes Grundstück ... 140

§ 16 *Begünstigung mit Realgrundlasten* ... 143
I. Gewöhnlicher Miteigentumsanteil als berechtigtes Grundstück ... 143
II. Stockwerkeigentumseinheit als berechtigtes Grundstück ... 146

§ 17 *Ergebnisse des dritten Kapitels* ... 148
I. Begünstigung des gewöhnlichen Miteigentumsanteils ... 148
II. Begünstigung der Stockwerkeigentumseinheit ... 148

4. Kapitel: Begünstigung des gemeinschaftlichen Grundstücks durch einen Miteigentümer

§ 18 *Die Macht des einzelnen Miteigentümers* ... 149
I. Italienische Lehre ... 149
II. Schweizerische Lehre ... 150
III. Neue Auslegung von Art. 648 II ZGB ... 150
IV. Umfang der Befugnis des Miteigentümers ... 152

Literaturverzeichnis

AUBRY/RAU/BARTIN, Cours de droit civil français, tome II, 6e éd., Paris 1935 (Cours II).

AUBRY/RAU/ESMIN, Droit civil français, tome III, 7e éd., Paris 1968 (Droit civil III).

AUER, JOACHIM, Die Prüfungspflicht des Grundbuchverwalters nach schweizerischem Recht, Berner Diss. 1932.

BARASSI, LODOVICO, Istituzioni di diritto civile, 4a ed., Milano 1955 (Istituzioni).

– Proprietà e comproprietà, Milano 1951 (Proprietà e comproprietà).

BARBERO, DOMENICO, Sistema istituzionale del diritto privato italiano, vol. I, 3a ed., Torino 1950 (Sistema I).

BÄRMANN, JOHANNES, Theorie und Praxis des Wohnungseigentums, SJZ *56* (1960) 113ff (Wohnungseigentum).

– Wohnungseigentumsgesetz. Kommentar, München und Berlin 1958 (WEG).

BAUDRY-LACANTINERIE/CHAUVEAU, Traité théorique et pratique de droit civil. Des biens, Paris 1896.

BAUR, FRITZ, Lehrbuch des Sachenrechts, 4.A., München 1968 (Lehrbuch).

BESSON, CHARLES, Questions pratiques relatives à la propriété par étages, ZBGR *47* (1966) 348ff.

BIONDI, BIONO, Le servitu, vol. XII del Trattato di diritto civile e commerciale, diretto di Antonio Cicu e Francesco Messineo, Milano 1967.

BLOMEYER, ARWED, Einzelanspruch und gemeinschaftlicher Anspruch von Miterben und Miteigentümern, AcP *159* (1960/61) 385ff.

BOROTHA, SERGIUS, Das Wohnungseigentumsgesetz, Wien 1949.

BRANCA, GIUSEPPE, Comunione, condominio negli edifici (art. 1100–1139), Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Libro terzo – Della proprietà, 4a ed., Bologna/Roma 1965 (Commentario III/2).

– Istituzioni di diritto privato, 2a ed., Bologna 1956 (Istituzioni).

– Servitù prediali (art. 1027–1099), Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Libro terzo – Della proprietà, 4a ed., Bologna/Roma 1967 (Commentario III/1).

BRECHER, FRITZ, Besprechung von Kunz, Romano, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, AcP *166* (1966) 362ff.

BRINZ, ALOIS, Lehrbuch der Pandekten, Bd. I, 2.A., Erlangen 1873 (Pandekten I).

BUCHDA, GERHARD, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, Marburg in Hessen 1936.

BURCKHARDT, WALTHER, Einführung in die Rechtswissenschaft, Zürich 1939 (Einführung)

– Methode und System des Rechts, Zürich 1936 (Methode).

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern (RGRK).

– Bd. III, 1. Teil: Sachenrecht (§§ 854–1011), 11.A., Berlin 1959.

– Bd. III, 2. Teil: Sachenrecht (§§ 1012–1296), 11.A., Berlin 1963.

– Bd. VI, Wohnungseigentumsgesetz, Einführungsgesetz zum BGB, Register, 11.A., Berlin 1970.

BÜRGI, WOLFAHRT F., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. V: Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, b/1: Rechte und Pflichten der Aktionäre (Art. 660–697), Zürich 1957.

COLIN/CAPITANT/LA MORANDIÈRE, Cours élémentaire de droit civil français, tome I, 11e éd., Paris 1947 (Cours I).

COSACK, KONRAD, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. II, Jena 1900 (Lehrbuch II).

Cosack/Mitteis, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.II, 1. und 2.Abt., 7. und 8.A., Jena 1924 (Lehrbuch II/1, II/2).
Crome, Carl, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts.
– Bd.II: Recht der Schuldverhältnisse, Tübingen und Leipzig 1902 (System II).
– Bd.III: Rechte an Sachen und an Rechten, Tübingen 1905 (System III).
Demolombe, C., Traité des servitudes ou services fonciers, tome II, zugleich tome XII du Cours de Code Napoléon, 4e éd., Paris 1868.
Denis, Frédéric, La copropriété des immeubles bâtis, Paris 1967.
Dernburg, Heinrich, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preussens, Bd.2, erste Abt.: Die Schuldverhältnisse, 1. und 2.A., Halle 1899 (Das bürgerliche Recht II/1).
– System des Römischen Rechts (8.A. der Pandekten), erster Teil, bearbeitet von Sokolowski, Paul, Berlin 1910 (System I).
Deschenaux, Henri, Der Einleitungstitel, in: Schweizerisches Privatrecht II (vgl. bei Gutzwiller), 1ff (Einleitungstitel).
– Introduction à la propriété par étages, cours public donné à l'Université de Fribourg en janvier et février 1965 (vervielfältigtes Exemplar) (Introduction).
Eggen, Gerhard, Kontroversen aus dem Dienstbarkeitsrecht, ZBGR *39* (1958) 131ff (Dienstbarkeitsrecht).
– Das Stockwerkeigentum nach dem Bundesgesetz vom 19.Dezember 1963, Der bernische Notar *25* (1964) 237ff (Stockwerkeigentum).
Ehrenzweig, Armin, System des österreichischen allgemeinen Privatrechts, Bd.I, 2.Hälfte: Das Sachenrecht, 2.A., Wien 1957 (System I/2).
Eichler, Hermann, Institutionen des Sachenrechts, Bd.I: Allgemeiner Teil. Grundlagen des Sachenrechts, Berlin 1954 (Institutionen I).
Endemann, F., Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.I: Einleitung – Allgemeiner Teil – Recht der Schuldverhältnisse, 9.A., Berlin 1903 (Lehrbuch I).
Engländer, Konrad, Die regelmässige Rechtsgemeinschaft, I: Grundlegung, Berlin 1914.
Enneccerus/Lehmann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd.II: Recht der Schuldverhältnisse, 14.A., Tübingen 1954 (Lehrbuch II).
Enneccerus/Nipperdey, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd.I: Allgemeiner Teil, 15.A.
– 1.Halbband, Tübingen 1959 (Lehrbuch I/1).
– 2.Halbband, Tübingen 1960 (Lehrbuch I/2).
Esser, Josef, Schuldrecht, 2.A., Karlsruhe 1960.
Fabricius, Fritz, Relativität der Rechtsfähigkeit, München und Berlin 1963.
Ferri/D'Orazi-Flavoni, Tutela dei diritti (art. 2643–2696), Libro sesto del Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Bologna/Roma 1955.
Flückiger, P., Miteigentum und Gesamteigentum, ZBJV *60* (1924) 353ff.
Frei, Hansjörg, Zum Aussenverhältnis der Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Zürcher Diss. 1970.
Freimüller, Hans Ulrich, Die Stellung der Baurechtsdienstbarkeit im System der dinglichen Rechte. Berner Diss., Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 380.
Friedrich, Hans-Peter, Zum Inhalte der Nutzungsdienstbarkeiten, Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, herausgegeben von der Juristischen Fakultät der Universität Basel und vom Basler Juristenverein, 37ff, Basel 1963 (Nutzungsdienstbarkeiten).
– Praktische Fragen im Zusammenhang mit der Begründung von Stockwerkeigentum, ZBGR *47* (1966) 321ff (Praktische Fragen).
– Die rechtliche Konstruktion des Stockwerkeigentums, Festschrift für Max Gerwig, Basler Studien zur Rechtswissenschaft 55 (1960) 13 ff (Rechtliche Konstruktion).
– Das Stockwerkeigentum. Reglement für die Gemeinschaft der Stockwerkeigentümer, Bern 1965 (Reglement).
– Stockwerkeigentum und Grundbuch, ZBGR *45* (1964) 321 ff (Stockwerkeigentum und Grundbuch).

– Die Wiedereinführung des Stockwerkeigentums in der Schweiz, ZSR NF 75 (1956) 2. Halbband, 1 a ff (Wiedereinführung).
Fuzier-Herman/Demogue, Code civil annoté, tome II, nouvelle éd., Paris 1936 (Code civil annoté II).
Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht.
– Bd. I: Allgemeiner Teil und Personenrecht, Leipzig 1895 (Deutsches Privatrecht I).
– Bd. II: Sachenrecht, Leipzig 1905 (Deutsches Privatrecht II).
– Bd. III: Schuldrecht, München und Leipzig 1917 (Deutsches Privatrecht III).
– Das deutsche Genossenschaftsrecht.
– Bd. II: Geschichte des deutschen Körperschaftsbegriffs, Berlin 1873 (Genossenschaftsrecht II).
– Bd. III: Die Staats- und Korporationslehre des Alterthums und des Mittelalters und ihre Aufnahme in Deutschland, Berlin 1881 (Genossenschaftsrecht III).
– Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887 (Genossenschaftstheorie).
Givord, François et Giverdon, Claude, La copropriété, Paris 1968.
Gonvers-Sallaz, A., Le registre foncier suisse. Commentaire de l'ordonnance fédérale du 22 février 1910 sur le registre foncier, Lausanne 1938.
Grasso, Eduardo, L'espropriazione della quota, Milano 1957.
Grosso/Deiana, Le servitu prediali I, vol. V, tomo 1° del Trattato di diritto civile italiano, sotto la direzione di Filippo Vassalli, 3ª ed., Torino 1963 (Trattato V/1).
Gschnitzer, Franz, Sachenrecht, Wien/New York 1968.
Guhl, Theo, Gesamthandsverhältnisse und deren grundbuchliche Behandlung, ZBJV *53* (1917) 1 ff, 49 ff (Gesamthandsverhältnisse).
– Die Verselbständigung der dinglichen Rechte im Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Festgabe für Eugen Huber, 53 ff, Bern 1919 (Verselbständigung der dinglichen Rechte).
Guldener, Max, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2. A., Zürich 1958.
Gutzwiller/Hinderling/Meier-Hayoz/Merz/Secrétan/v. Steiger, Schweizerisches Privatrecht.
– Bd. I, Basel und Stuttgart 1969 (Schweizerisches Privatrecht I).
– Bd. II, Basel und Stuttgart 1967 (Schweizerisches Privatrecht II).
Haab, R., Kommentar zum schweizerischen ZGB, Bd. IV, 1. Teil: Das Sachenrecht, 2. A., Zürich 1958.
Heini, Anton, Die Vereine, in: Schweizerisches Privatrecht II (vgl. bei Gutzwiller), 515 ff.
Heinz, Marx, Das dingliche Wohnrecht, Berner Diss., Bern 1970.
Hindermann, Walter E., Leitfaden zu Baurecht und Stockwerkeigentum, 2. A., Zürich 1965.
Hölder, Eduard, Natürliche und juristische Personen, Leipzig 1905.
Homberger, A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Bd. IV: Das Sachenrecht, 3. Abt.: Besitz und Grundbuch, Art. 919–977, 2. A. (in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Wieland, Carl, 1909), Zürich 1938.
Huber, Eugen, Erläuterungen zum Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements, 2. A., Bd. II, Bern 1914 (Erläuterungen zum Vorentwurf II).
– Erläuterungen zum Vorentwurf des ZGB, drittes Heft: Das Sachenrecht, Bern 1902 (Erläuterungen zum Vorentwurf Sachenrecht).
– Schweizerisches Civilgesetzbuch, Dritter Teilentwurf. Das Grundpfand. Mit Erläuterungen für die Mitglieder der Expertenkommission, Bern 1898 (Teilentwurf Grundpfand).
– Zum schweizerischen Sachenrecht, drei Vorträge mit Anmerkungen, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, 58. Heft, Bern 1914 (Sachenrecht).
– System und Geschichte des schweizerischen Privatrechts.
– Bd. I, Basel 1886 (System I).
– Bd. II, Basel 1888 (System II).
– Bd. III, Basel 1889 (System III).
– Bd. IV, Basel 1893 (System IV).

Jagmetti, Marco, Vorbehaltenes kantonales Privatrecht, in: Schweizerisches Privatrecht I (vgl. bei Gutzwiller), 239 ff.
Jenny, Franz, Das Legalitätsprinzip im schweizerischen Grundbuchrecht, ZBGR *11* (1930) 185 ff.
Jhering von, Rudolph, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Bd. III, 3. A., Leipzig 1877 (Geist III).
Jost, Arthur, Die Realobligation als Rechtsinstitut, Bern 1956.
Kattausch, Karl, Die Anteile der Miteigentümer und der Gesamthänder an den gemeinschaftlichen Sachen, Diss. jur., Giessen/Mainz 1911.
Kischinewsky-Broquisse, Edith, Les sociétés de construction et la copropriété des immeubles divisés par étages ou par appartements, Paris 1958.
Klang, Heinrich, Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch.
– Bd. II, §§ 285–530, 2. A., Wien 1950.
– Bd. III, §§ 531–858, 2. A., Wien 1952.
Köfferli, Rudolf, Die Nutzniessung an Wertpapieren unter besonderer Berücksichtigung der Nutzniessung an Aktien, Zürcher Diss., Winterthur 1954.
Kohler, J., Beiträge zum Servitutenrecht, AcP *87* (1897) 157 ff.
Kunz, Romano, Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Zürcher Diss. 1963.
Lanz, Paul, Die Nutzniessung an vinkulierten Namenaktien, SAG *32* (1959/60) 177 ff.
Larenz, Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II: Besonderer Teil, 3. A., München und Berlin 1959 (Lehrbuch II).
– Zur Lehre von der Rechtsgemeinschaft, Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts *83* (1933) 108 ff (Rechtsgemeinschaft).
– Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 2. A., Berlin, Heidelberg, New York 1969 (Methodenlehre).
La Roche, René, Verpfändung und Pfändung von Miteigentumsanteilen an Grundstücken, Basler Diss. (Maschinenschrift) 1939.
Leemann, Hans, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV: Das Sachenrecht.
– 1. Abt. Art. 641–729 ZGB, 2. A., Bern 1920.
– 2. Abt. Art. 730–918 ZGB, Bern 1925.
– Können selbständige und dauernde Rechte an Grundstücken erst nach der Anlegung des Grundbuches dinglich belastet werden?, SJZ *16* (1920) 377 f (Selbständige und dauernde Rechte).
– Das Stockwerkeigentum, insbesondere seine Überleitung in das neue Recht, SJZ *10* (1913/14) 353 ff (Stockwerkeigentum).
Levy, Ludwig, Hypothek und Bruchteilseigentum am Grundstück im Verhältnis zueinander, Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (begründet von J. A. Gruchot) *59* (1915) 87 ff, 301 ff, 876 ff.
Liver, Peter, Die Anmerkung, ZBGR *50* (1969) 10 ff (Anmerkung).
– Fragen aus dem Gebiet des Stockwerkeigentums und des Baurechtes, Der bernische Notar *30* (1969) 321 ff (Fragen).
– Gemeinschaftliches Eigentum, ZBJV *100* (1964) 261 ff (Gemeinschaftliches Eigentum).
– Genossenschaften mit Teilrechten nach schweizerischem Recht, Festschrift Karl Haff, 284 ff, Innsbruck 1950 (Genossenschaften mit Teilrechten).
– Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV: Das Sachenrecht, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten (Art. 730–792), 1. Band: Die Grunddienstbarkeiten, 2. A. (in neuer Bearbeitung der entsprechenden Abschnitte des Kommentars von Wieland, Carl, 1909), Zürich 1968.
– Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, Gedächtnisschrift Ludwig Marxer, 143 ff, Zürich 1963 (Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums).
– Die Realobligation. Ihre klassifikatorische Bedeutung und praktische Verwendbarkeit, ZBGR *43* (1962) 257 ff (Realobligation).

- Das Stockwerkeigentum – Umwandlung und Neubegründung, ZBGR *35* (1954) 1 ff, 65 ff (Stockwerkeigentum).
- Über die Baurechtsdienstbarkeit, ZBJV *94* (1958) 377 ff (Baurechtsdienstbarkeit).
- Verzicht auf beschränkte dingliche Rechte, Festschrift für Walther Hug, 353 ff, Bern 1968 (Verzicht auf beschränkte dingliche Rechte).
- Von den selbständigen und dauernden Baurechten, Der bernische Notar *20* (1959) 41 ff (Von den selbständigen und dauernden Baurechten).

Liver/Meier-Hayoz/Merz/Jäggi/Huber/Friedrich/Kummer, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I: Einleitung und Personenrecht, Einleitung Art. 1–10 ZGB, Bern 1962.

Luzzatto, Ruggero, La comproprietà nel diritto italiano, Milano, Torino, Roma 1908.

Magnenat, Henri-E., La Propriété par Etage, Guide juridique et pratique, Lausanne 1965.

Mazeaud/Mazeaud, Leçons de droit civil, tome II, 3e éd., Paris 1966 (Leçons II).

Meier-Hayoz, Arthur, Kommentar zu Art. 1 ZGB (vollständiger Titel vgl. bei Liver).
- Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, IV: Das Sachenrecht, 1. Abt.: Das Eigentum.
  - 1. Teilband: Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Art. 641–654 ZGB, 4. A., Bern 1966.
  - 2. Teilband: Das Grundeigentum I, Art. 655–679 ZGB, 3. A., Bern 1964.
- Der Vorkaufsfall, ZBGR *45* (1964) 257 ff (Vorkaufsfall).
- Vom Vorkaufsrecht, ZBJV *92* (1956) 297 ff (Vorkaufsrecht).

Mengiardi, Peider, Der Ausschluss der Verjährung im Sachenrecht, Berner Diss. 1953 (Verjährung).
- Strukturprobleme des Gesellschaftsrechts. Zur Bedeutung der Typuslehre für das Recht der Personengesellschaften und juristischen Personen, erschienen in: Referate und Mitteilungen des Schweizerischen Juristenvereins, 102. Jahrgang (1968) (Strukturprobleme).

Merz, Hans, Kommentar zu Art. 2 ZGB (vollständiger Titel vgl. bei Liver).
- Das Recht als soziale Ordnungsmacht, Rektoratsrede, Bern 1963 (Das Recht als soziale Ordnungsmacht).

Messineo, Francesco, Le servitù, Milano 1949.

Müller, Kurt, Der Verwalter von Liegenschaften mit Stockwerkeigentum, Zürcher Diss. 1965.

Müller-Erzbach, Rudolf, Das private Recht der Mitgliedschaft als Prüfstein eines kausalen Rechtsdenkens, Weimar 1948.

Mutzner, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V: Schlusstitel. Anwendungs- und Einführungsbestimmungen, I. Abschn.: Art. 1–50, 2. A., Bern 1926.

Natoli, Ugo, La Proprietà, Milano 1965.

Oberndorfer, Hans, Das Wohnungseigentum, Linz 1948.

Oftinger, Karl, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV: Das Sachenrecht, 2. Abt.: Die beschränkten dinglichen Rechte, c): Das Fahrnispfand, 2. A., Zürich 1952.

Oppikofer, Hans, Über gemeinschaftliches Eigentum, Basler Diss. (Maschinenschrift) 1922.

Oser/Schönenberger, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V: Das Obligationenrecht, 1. Halbband: Art. 1–183, 2. A., Zürich 1929.

Ostertag, F., Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, IV: Sachenrecht, III. Abt.: Art. 919–977 ZGB, 2. A., Bern 1917.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kurzkommentar, 23. A., München und Berlin 1964.

Pardessus, J. M., Traité des servitudes ou services fonciers, 7e éd., Paris 1829.

Peretti-Griva, Domenico Riccardo, Il condominio di case divise in parti, 2ª ed., Torino 1960.

Pescatore/Albano/Greco, Commentario del codice civile, Libro III: della proprietà.
- tomo 2°: art. 957–1099, 2ª ed., Torino 1968 (Commentario III/2).
- tomo 3°: art. 1100–1172, 2ª ed., Torino 1968 (Commentario III/3).

Pfister, Heinrich, Der Inhalt der Dienstbarkeit, ZSR *52* (1933) 325 ff.

Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz.

– Bd. II, 2. Hälfte: Recht der Schuldverhältnisse (Besonderer Teil), 4. A., Berlin und Leipzig 1928.
– Bd. III: Sachenrecht, 4. A., Berlin und Leipzig 1920.
PLANIOL/RIPERT/BOULANGER, Traité de droit civil, tome II, Paris 1957 (Traité II).
PLANIOL/RIPERT/PICARD, Traité pratique de droit civil français, tome III, 2e éd., Paris 1952 (Traité III).
PLEYER, KLEMENS, Besprechung des Kommentars von MEIER-HAYOZ, Systematischer Teil und Allgemeine Bestimmungen des Eigentums, AcP *168* (1968) 407 ff.
RAMPONI, LAMBERTO, Della comunione di proprietà o comproprietà, Napoli/Torino 1922.
ROSSEL, VIRGILE et MENTHA, F.-H., Manuel du droit civil suisse.
– tome I, 2e éd., Lausanne/Genève 1922 (Manuel I).
– tome II, 2e éd., Lausanne/Genève 1922 (Manuel II).
– tome III, 2e éd., Lausanne/Genève 1922 (Manuel III).
RUEDIN, JEAN, La propriété par étages et le registre foncier, ZBGR *46* (1965) 1 ff.
RUGGIERO/MAROI, Istituzioni di diritto privato, vol. I, 7a ed., Milano/Messina 1948 (Istituzioni I).
SÄNGER, AUGUST, Gemeinschaft und Rechtsteilung, Marburg 1913.
SALIS, LINO, Il condominio negli edifici, vol. V, tomo 3o del Trattato di diritto civile italiano, sotto la direzione di Filippo Vassalli, 3a ed., Torino 1959.
SATTIVA, HENRI, Recherches sur la propriété par étages. Sa prohibition et son remplacement en droit suisse, Thèse, Lausanne 1954.
SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V: Das Obligationenrecht, 1. Abt.: Allgemeine Bestimmungen, 3. A., Zürich 1961, 1968.
SCHÖNFELD, WALTHER, Besprechung von BUCHDA, GERHARD, Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandlehre, AcP *143* (1937) 358 ff.
SCHUCANY, EMIL, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. A., Zürich 1960.
SEELER VON, WILHELM, Die Lehre vom Miteigentum nach römischem Recht, Halle 1896 (Miteigentum nach römischem Recht).
– Das Miteigentum nach dem bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Halle 1899 (Miteigentum nach BGB).
SIEGWART, ALFRED, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V: Das Obligationenrecht, 4. Teil: Die Personengesellschaften (Art. 530–619 OR), Zürich 1938.
SIZAIRE, DANIEL, Le statut de la copropriété des immeubles bâtis, Paris 1969.
SÖRGEL/SIEBERT, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch.
– Bd. 3: Schuldrecht II (§§ 611–853), 10. A., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1969.
– Bd. 4: Sachenrecht (§§ 854–1296), 10. A., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968.
SOHM, RUDOLPH, Der Gegenstand. Ein Grundbegriff des Bürgerlichen Gesetzbuches, Leipzig 1905.
STAUDINGER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III: Sachenrecht.
– 1. Teil, §§ 854–1017, 11. A., Berlin 1956
– 2. Teil, §§ 1018–1296, 10. A., München, Berlin und Leipzig 1936.
– 2. Teil, §§ 1018–1296, 11. A., Berlin 1963.
STEIGER VON, F., Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 3. A., Zürich 1966.
TAMBURRINO, GIUSEPPE, Le servitù, erschienen im Gesamtwerk Giurisprudenza sistematica civile e commerciale, diretta da Walter Bigiavi, Torino 1968.
TOSO/CARDELLI, Il condominio, 6a ed., Roma 1963.
TRIFONE/DE MARTINO, Della proprietà (art. 957–1026), Libro terzo del Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, 3a ed., Bologna/Roma 1961.
TUHR VON, ANDREAS, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts.
– Bd. I, Leipzig 1910 (Allgemeiner Teil des BGB I).
– Bd. II, Leipzig 1914 (Allgemeiner Teil des BGB II).
– Bd. III, Leipzig 1918 (Allgemeiner Teil des BGB III).
TUHR VON/SIEGWART, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts.

– 1. Halbband, 2. A., Zürich 1942 (Allgemeiner Teil des OR I).
– 2. Halbband, 2. A., Zürich 1944 (Allgemeiner Teil des OR II).
TUOR/SCHNYDER, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 8. A., Zürich 1968.
VISCO, ANTONIO, Le case in condominio, 6ª ed., Milano 1964.
WEGMANN, RUDOLF, Das österreichische Wohnungseigentumsgesetz, SJZ *51* (1955) 343 ff.
WEITNAUER/WIRTHS, Gesetz über das Wohnungseigentum und das Dauerwohnrecht, 3. A., Berlin und Frankfurt a. M. 1969.
WESTERMANN, HARRY, Lehrbuch des Sachenrechts, 3. A., Karlsruhe 1956.
WIEDERKEHR, ALPHONS, Das gesetzliche Vorkaufsrecht des Miteigentümers, Zürcher Diss., Affoltern a. A. 1936.
WIELAND, CARL, Das Sachenrecht des schweizerischen Zivilgesetzbuches, Zürich 1909.
WIELAND, KARL, Handelsrecht.
– Bd. I, München und Leipzig 1921 (Handelsrecht I).
– Bd. II, München und Leipzig 1931 (Handelsrecht II).
WINDSCHEID/KIPP, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. I und II, 9. A., Frankfurt am Main 1906 (Pandekten I).
WOLFF/RAISER, Sachenrecht, ein Lehrbuch, 10. A., Tübingen 1957.
ZURFLUH, ALBERT et FROT TRAIZET, THÉRÈSE, Le statut de la copropriété, Paris 1968.

Verzeichnis der Gesetzesmaterialien

1. Schweiz

Amtliches Bulletin der Bundesversammlung *73* (1963).
- Nationalrat 185 ff, 527 ff, 563 ff, 685 (Bulletin NR).
- Ständerat 204 ff, 283 ff, 376 (Bulletin StR).

*Bericht zum Vorentwurf einer Revision der Bestimmungen des ZGB über das Miteigentum und deren Ergänzung mit Vorschriften über das Stockwerkeigentum (Bericht zum Vorentwurf der Revision des Miteigentums).

Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesgesetzes über die Abänderung des vierten Teils des Zivilgesetzbuches (Miteigentum und Stockwerkeigentum) vom 7. Dezember 1962, Bundesblatt *1962* II 1461 ff (Botschaft).

Kreisschreiben des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements an die kantonalen Aufsichtsbehörden über das Grundbuch betreffend die grundbuchliche Behandlung des Stockwerkeigentums und des gewöhnlichen Miteigentums (vom 24. November 1964), Bundesblatt *1964* II 1198 ff (Kreisschreiben).

*Procès-verbal des délibérations de la Commission du Conseil des Etats chargée d'examiner le projet de loi sur la copropriété et la propriété par étages.
- 1re séance du 15 mai 1963 (Procès-verbal I).
- 2e séance du 5 juin 1963 (Procès-verbal II).
- 3e séance du 2 octobre 1963 (Procès-verbal III).

*Protokoll der Kommission des Nationalrates zur Beratung des Entwurfes eines Bundesgesetzes über die Abänderung des Vierten Teils des Zivilgesetzbuches (Miteigentum und Stockwerkeigentum).
- 1. Sitzung vom 31. Januar/1. Februar 1963 (Protokoll Kommission NR I).
- 2. Sitzung vom 7. März 1963 (Protokoll Kommission NR II).
- 3. Sitzung vom 19. August 1963 (Protokoll Kommission NR III).
- 4. Sitzung vom 30. September 1963 (Protokoll Kommission NR IV).

*Protokoll der Studienkommission für das Stockwerkeigentum.
- I. Session, Sitzungen vom 18., 19., 20. und 23. September 1957 (Protokoll Studienkommission I).
- II. Session, Sitzungen vom 14., 18. und 25. Juni 1958 (Protokoll Studienkommission II).
- III. Session, Sitzungen vom 24., 29. Juni und 6. Juli 1960 (Protokoll Studienkommission III).

Schweizerisches Zivilgesetzbuch. Stenogramm der Expertenkommission III–IV (Maschinenschrift), 1902 und 1903 (Stenogramm Expertenkommission ZGB).

*Vorbemerkungen zum Entwurf betreffend das Miteigentum und Stockwerkeigentum für die zweite Lesung durch die Studienkommission (Vorbemerkungen zum Entwurf).

2. Deutschland

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Erste Lesung. Amtliche Ausgabe, Berlin und Leipzig 1888 (Erste Lesung zum Entwurf BGB).

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. III: Sachenrecht, Berlin 1899 (Protokolle BGB).

Zitierweise

Im Literaturverzeichnis aufgeführte Werke werden nur mit dem Verfassernamen zitiert. Wenn sich darin mehrere Werke desselben Verfassers vorfinden oder wenn Verwechslungsgefahr besteht, wird der Verfassername durch ein Stichwort, das im Literaturverzeichnis am Ende des vollständigen Titels in Klammern steht, ergänzt.

* Das Eidgenössische Justiz- und Polizeidepartement gewährte freundlicherweise Einsicht in diese unveröffentlichten Unterlagen. Es erlaubte auch die stellenweise Zitierung, verband jedoch damit die Bitte, keine Namen zu nennen.

Abkürzungsverzeichnis

a	alt, z.B. aZGB
A.	Auflage
a.a.O.	am angeführten Orte
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch für Österreich, vom 1. Juni 1811
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
Abt.	Abteilung
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Heidelberg 1818 ff; Tübingen 1878 ff; NF 1923 ff)
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art. (art.)	Artikel (articolo, article)
BBl	Bundesblatt
Bem.	Bemerkung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, Amtliche Sammlung (Lausanne 1875 ff)
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (Detmold 1951 ff)
Ccfr	Code civil français, vom 21. März 1804
Ccit	Codice civile italiano, vom 16. März 1942
cif.	cifra
D.	Digesten
Ders.	Derselbe Autor
Diss.	Dissertation
ed.	edizione; édition
EJPD	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
f (ff)	und nächstfolgende Seite(n) bzw. und nächstfolgende(r) Artikel
GBV	Verordnung betreffend das Grundbuch, vom 22. Februar 1910
i.S.	im Sinne
Kom.	Kommentar
L.	Loi
m.E.	meines Erachtens
N	Randnote
NF	neue Folge
OR	Schweizerisches Obligationenrecht. Bundesgesetz über das Obligationenrecht, vom 30. März 1911/18. Dezember 1936.
RGZ	Entscheidungen des deutschen Reichsgerichts in Zivilsachen (Leipzig 1880–1943)
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern
S.	Seite
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft (Zürich 1928 ff; eine Zeitschrift)
SchKG	Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889/28. September 1949
SchlT	Schlusstitel
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich 1904 ff)
StR	Ständerat

StWE	Stockwerkeigentumseinheit (auch die «Stockwerkeigentumseinheit» des deutschen, österreichischen, französischen und italienischen Rechts wird in dieser Art abgekürzt)
v.	von
VE	Vorentwurf
Verb.	Verbindung
vgl.	vergleiche
vol.	volume
Vorbem.	Vorbemerkungen
VZG	Verordnung über die Zwangsverwertung von Grundstücken, vom 23. April 1920
WEG	Wohnungseigentumsgesetz (deutsches vom 15. März 1951; österreichisches vom 8. Juli 1948)
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil 1920 ff)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern 1865 ff)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (NF Basel 1882 ff)

Einleitung

Welche dinglichen Lasten ertragen *selbständiger* Miteigentumsanteil und Stockwerkeigentumseinheit (StWE)? Können beschränkte dingliche Rechte mit den beiden genannten Gegenständen subjektiv-dinglich verknüpft werden? Die dogmatische (nicht die historische) Beantwortung dieser zwei Fragen bildet das Hauptanliegen der vorliegenden Arbeit. Ihr Ziel liegt demnach nicht in der möglichst vollständigen Sammlung und geordneten Darstellung aller Gesetzesbestimmungen und aller durch Wissenschaft und Praxis entwickelten Grundsätze über die Belastung und über die Begünstigung der Anteile. Insbesondere das Anteilspfandrecht hat im Laufe der Zeit über weite Strecken eine zutreffende Behandlung erfahren, so dass die feststehenden Ergebnisse nur dort zur Darstellung gelangen, wo sie dem eigenen Gedankengang dienen und ihn fördern. Völlig unberücksichtigt sind aber auch alle Fragen über die Formen der Verpflichtungsgeschäfte geblieben, während mancherorts auf das Verfügungsgeschäft und auf das damit eng verbundene Grundbuch Bezug genommen werden musste.

Schon früh hat sich herausgestellt, dass die zwei aufgeworfenen Hauptfragen in der Literatur je nach konstruktiver Erfassung des Miteigentums verschieden beantwortet werden. Aber auch die Bestimmung der rechtlichen Natur der Anteilsbelastung hängt von der Klärung dieses Phänomens ab. So ruht, nach v. Tuhr[1] und Levy[2], das durch einen Miteigentümer und aus eigener Machtvollkommenheit errichtete beschränkte dingliche Recht nicht etwa auf dem Anteil als selbständigem Rechtsobjekt, sondern auf der Gemeinschaftssache selbst, und auch für Engländer[3] ist das so entstandene Recht eigentlichen dinglichen Charakters. Demgegenüber scheint das ZGB in Art. 648 eine scharfe Trennung zwischen Anteil und Sache vorzunehmen. Es war daher notwendig, sich vorerst über das Wesen des Miteigentums Klarheit zu verschaffen.

Nicht nur Sachen, sondern auch Rechte können einer Personenmehrheit nach den Regeln des Miteigentums zustehen. Die Ausführungen konzentrieren sich jedoch auf das «Sach-Miteigentum»; die gefundenen Lösungen lassen sich indessen – mutatis mutandis – ohne Schwierigkeiten auf verwandte Verhältnisse übertragen.

In der Behandlung aller Fragen wurde versucht, die Literatur der Nachbarstaaten heranzuziehen. Dabei hat sich allerdings eine Beschränkung auf die wichtigsten Werke aufgedrängt.

[1] Allgemeiner Teil des BGB I, 84, Anm. 20.
[2] 879 f.
[3] 209 f.

Zum Schluss noch eine Bemerkung zur Ausdrucksweise. Das ZGB begreift die StWE als besonders ausgestalteten Miteigentumsanteil (Art. 712 a I ZGB). Wo es möglich ist, wird daher lediglich vom «Miteigentum» gesprochen, und es ist dieses in seinen beiden Erscheinungsformen gemeint. Drängt sich hingegen eine Differenzierung auf und ist diese nicht aus dem Gesamtzusammenhang oder aus den Überschriften ersichtlich, so steht auch der genaue Ausdruck.

1. Kapitel: Über das Wesen des Miteigentums

§ 1 Überblick

Die konstruktive Erfassung des Miteigentums gehört zu den schwierigsten rechtsdogmatischen Aufgaben[1]. Es verwundert daher auch nicht, dass die «grossen und kleinen, scharfsinnigen und tiefsinnigen, klugen und törichten Lehrmeinungen»[2] über dieses Thema die Bücher ganzer Bibliotheken ausfüllen. Trotz dieser gewaltigen geistigen Anstrengung hat sich keine eindeutig vorherrschende und allgemeine Gefolgschaft geniessende Richtung herausgebildet[3].

Schlimmer als diese theoretische Vielfalt ist der mancherorts anzutreffende Mangel an Folgerichtigkeit und Einheitlichkeit in der Gedankenführung. «Beim Miteigentum (condominium pro indiviso, Bruchteilsgemeinschaft, geteilte Gesamtberechtigung) geht das Recht des einzelnen auf eine ideelle, gedankliche Quote, über welche er frei verfügen kann. Es ist nicht die Sache selbst noch ihr Wert oder der Nutzen an ihr geteilt, sondern das Eigentumsrecht. Miteigentum ist also nicht ein Recht an einem Eigentumsrecht, sondern direkt Eigentum, und es sind alle diesbezüglichen Bestimmungen anwendbar[4].» Was ist nun Miteigentum? Ist es ein Recht an einer Sache («direkt Eigentum») oder ein Recht an einer ideellen Quote («geht das Recht des einzelnen auf eine ideelle, gedankliche Quote»)? Beides ist schon behauptet worden[5], aber beides kann nicht gleichzeitig richtig sein; denn das eine Recht lässt sich nicht gleichzeitig zu verschiedenen Objekten (einerseits zur Sache, andererseits zur Quote) in Beziehung setzen. Wenn man schon an die Teilung des Eigentumsrechts denkt, dann steht dieses dem Miteigentümer bestenfalls *zu* einem Bruchteil zu und bezieht sich nicht *auf* die Quote.

Die gleiche Unebenheit findet sich auch im Berner Kommentar. Auch dort wird zunächst gelehrt, das Recht des Miteigentümers sei ein Recht an einer

[1] BRANCA, Istituzioni, 273.

[2] SCHÖNFELD, 358.

[3] In der schweizerischen Literatur finden sich Darstellungen der verschiedenen Theorien bei LEEMANN, N 5 zu Art. 646; HAAB, N 7 der Vorbem. zu den Art. 646–654; MEIER-HAYOZ, N 1 ff zu Art. 646; LIVER, Gemeinschaftliches Eigentum, 261 ff; ders., Verzicht auf beschränkte dingliche Rechte, 359 ff (überall weitere Literaturhinweise).

[4] MÜLLER, 11. Er bezieht sich auf LEEMANN, N 5 zu Art. 646, der jedoch das Eigentumsrecht nur soweit teilt, «als die darin enthaltenen Befugnisse einer zahlenmässigen Abgrenzung fähig sind (ungeteilt bleibt die tatsächliche Herrschaft, wie Verwaltung, Gebrauch, Nutzung, da diese sich nicht in Quoten teilen lässt)».

[5] Vgl. insbesondere RUGGIERO/MAROI, Istituzioni I, 512; BARASSI, Istituzioni, 388; BRANCA, Istituzioni, 273 f; PLANIOL/RIPERT/BOULANGER, Traité II, 795; MAZEAUD/MAZEAUD, Leçons II, 1078.

Sache[6]; aber wenig später heisst es, Eigentumsobjekt bilde doch nur eine (nicht näher präzisierte[7]) ideelle Quote «der Sache»[8]. Und schliesslich übernimmt der Kommentar noch Elemente einer dritten, vor allem in Deutschland[9] vertretenen Lehre, wonach sich das Recht des Miteigentümers aus einer Anzahl teilbarer, jedem Beteiligten unbeschränkt zustehender Eigentümerbefugnisse (z.B. das Recht zur Veräusserung und Belastung des Anteils) und aus anderen, unteilbaren (Verwaltung, Gebrauch und Nutzung) zusammensetzen soll[10]. Wie diese drei Theorien zueinander stehen, wird nicht näher dargelegt.

Vollends unbegreiflich ist die Aussage, der Miteigentumsanteil sei begrifflich Eigentum, was indessen nicht bedeute, dass das Miteigentümerrecht Eigentum sei[11]!

Das ZGB scheint auf dem Boden jener Lehre zu stehen, die das Recht des Miteigentümers auf eine Quote bezieht: «Jeder Miteigentümer hat für seinen Anteil die Rechte und Pflichten eines Eigentümers, und es kann dieser Anteil von ihm veräussert und verpfändet und von seinen Gläubigern gepfändet werden» (Art. 646 III ZGB).

Im Gegensatz dazu vertritt das Bundesgericht[12] die Auffassung, dass es auch im Miteigentumsverhältnis nur ein Eigentumsrecht an der gemeinsamen Sache gebe, das allerdings mehreren Titularen zugeordnet sei.

Das Theorienangebot ist reichlich. Wie stets in solchen Fällen ist auch hier die Qual der Wahl gross. Besser jedoch als die Wahl ist die Bildung einer eigenen Meinung. Das soll in den nachfolgenden Paragraphen geschehen. Dabei wird von einer zusammenhängenden Darstellung der verschiedenen Auffassungen abgesehen[13]. Diese werden, soweit es sich als nötig erweist, in die eigenen Überlegungen eingebaut. Noch weniger ist die Betrachtung der Geschichte des Miteigentums beabsichtigt. Auf dem Gebiete des gemeinschaftlichen Eigentums hat die historische Betrachtungsweise zu Ergebnissen geführt, die dogmatisch nicht immer befriedigten[14]. So glaubte sie, zwischen dem römischrechtlichen Miteigentum einerseits und dem deutschrechtlichen Gesamteigentum andererseits eine unüberbrückbare Kluft erblicken zu müssen[15], wogegen die

[6] Meier-Hayoz, N 3 zu Art. 646.

[7] Dazu Fabricius, 138: «Aber auch diese ideelle Teilung ist gedanklich schwerlich vollziehbar.» Ähnlich Cosack/Mitteis, Lehrbuch II/2, 62.

[8] Meier-Hayoz, N 5 zu Art. 646.

[9] Enneccerus/Lehmann, Lehrbuch II, 737; Esser, 744; Eichler, Institutionen I, 154 ff; Sörgel/Siebert/Schultze-v. Lasaulx, N 14 der Vorbem. zu § 741; Palandt, Anm. 5 zu § 741.

[10] Meier-Hayoz, N 5 zu Art. 646.

[11] Diese Behauptung findet sich bei La Roche, 37.

[12] BGE *80* II 374 f.

[13] Solche Darstellungen finden sich etwa bei Sänger, 31 ff; Buchda, 15 ff; Barassi, Proprietà e comproprietà, 104 ff.

[14] Zur historischen Betrachtungsweise zutreffend Haab, N 6 der Vorbem. zu Art. 646–654.

[15] Vgl. anstelle vieler Gierke, Deutsches Privatrecht II, 383 ff und III, 1026 f.

neuere Theorie immer wieder die enge Verwandtschaft der beiden Erscheinungen betont[16]. In dieser Arbeit wird daher die dogmatische Betrachtungsweise gewählt.

§ 2 Ausschluss konkurrierender Eigentumsrechte an der gleichen Sache

I. Exklusivität des Eigentums

1. Den Überlegungen wird der Eigentumsbegriff zugrunde gelegt, weil dieser im Laufe seiner mehr als 2000 Jahre alten Geschichte einen einigermassen festen Inhalt erhalten hat[1,2].

2. Die massgebende neue schweizerische Lehre begreift das Eigentum als «totale unmittelbare Sachherrschaft»[3]; von den gesetzlichen und vereinbarten Eigentumsschranken sieht diese Definition bewusst ab[4].

Wenn das Eigentum wirklich *totale* Sachherrschaft ist, dann hat es für zwei dieser Rechte am gleichen Objekt begriffslogisch keinen Platz; das eine schliesst das andere aus. Man spricht von der Exklusivität des Eigentums[5], und jeder Versuch, eine Sache der Herrschaft mehrerer solcher Rechte zu unterwerfen, muss «fatica vana e compito disperato»[6] bleiben. Das ist denn auch schon oft erkannt worden[7].

Man hat zwar versucht, das Eigentumsrecht des Miteigentümers nicht mehr auf die Sache, sondern auf eine «ideelle Quote» zu beziehen[8]. Das war indessen ein untauglicher Anlauf zur Überwindung der logischen Hürde, denn ein Eigentumsrecht an einer «ideellen Quote» gibt es nicht. Und zudem: Wer

[16] Liver, Verzicht auf beschränkte dingliche Rechte, 362; Kunz, 109; Oppikofer, 14; Larenz, Rechtsgemeinschaft, 154; Sänger, 98 f, 118; Engländer, 283 ff.

[1] Völlig unbestritten ist er indessen nicht. Dazu Tuor/Schnyder, 481; Bärmann, Wohnungseigentum, 114 ff; Pleyer, 410 ff und die in Anm. 10 hiernach zitierte Literatur.

[2] Über den mühsamen Weg der Begriffsbildung Larenz, Methodenlehre, 215.

[3] Liver, N 84 der Einleitung; Meier-Hayoz, N 183 des Systematischen Teils.
Tuor/Schnyder, 481, bezeichnen diese Inhaltsumschreibung als «formalen Rechtsbegriff».

[4] Darüber ausführlich Liver, N 80 ff der Einleitung; Meier-Hayoz, N 183 ff des Systematischen Teils.

[5] Windscheid/Kipp, Pandekten I, 856 f.

[6] Branca, Commentario III/2, 2.

[7] Zuerst von den römischen Juristen. D. 13, 6, 5, 15: «Duorum quidem in solidum dominium ... esse non posse.»
Aus der neueren Literatur anstelle vieler Liver, Verzicht auf beschränkte dingliche Rechte, 362 ff (mit weiterer Literaturangabe); Haab, N 7 der Vorbem. zu den Art. 646–654; Branca, Commentario III/2, 1 f; Ruggiero/Maroi, Istituzioni I, 512.

[8] Diese Theorie trifft man heute vor allem noch in Frankreich an: Colin/Capitant/La Morandière, Cours I, N 1033; Mazeaud/Mazeaud, Leçons II, 1078.
Vgl. auch § 829 ABGB: «Jeder Teilhaber ist vollständiger Eigentümer seines Anteils.»

sollte denn «Sacheigentümer» sein, wenn allen Beteiligten lediglich die Stellung von «Quoteneigentümern» zukommt[9]?

3. Wählt man die andere Eigentumsumschreibung, die die Eigentumsschranken zum Begriffsinhalt zählt[10], gelangt man zum gleichen exklusiven Charakter des Eigentums; denn diesfalls ist das Eigentum die totale Sachherrschaft innerhalb der durch den Bestand der beschränkten dinglichen Rechte und durch die gesetzlichen Eigentumsbeschränkungen gezogenen Grenze. Die Elastizität[11] des Eigentums sorgt dafür, dass jeder freie «Raum» ausgefüllt wird. Wie sollte es dann hier noch Platz haben für ein zweites, inhaltlich ebenso umfassendes und qualitativ gleiches Recht? Es bleibt dabei: Duorum quidem in solidum dominium ... esse non posse.

II. Der Versuch, die Exklusivität des Eigentums zu umgehen

In der neueren schweizerischen Literatur hat KUNZ[12] den Versuch unternommen, das Gesamteigentum und auch das Miteigentum konstruktiv neu zu erfassen. Seine Ergebnisse, die in der Folge von MEIER-HAYOZ übernommen wurden[13], scheinen doch noch den logischen Schluss von der Exklusivität des Eigentumsrechts zu widerlegen[14]. Es erscheint gerechtfertigt, die Hauptzüge dieser Theorie, der mehr als bloss «schulmässiger Rang[15]» zukommt, etwas näher anzusehen.

Ausgangspunkt der Darlegungen ist die zutreffende Erkenntnis, dass die Rechtszuständigkeit (KUNZ nennt sie Rechtszugehörigkeit[16]) von der Verfügungsmacht streng zu unterscheiden sei[17]. Unter Verfügungsmacht versteht KUNZ nicht bloss ein Element des subjektiven Rechts, sondern die Fähigkeit, die gesamte aus dem gegebenen subjektiven Recht fliessende Macht zu betätigen, mithin die Dispositionsfähigkeit. Sie ist die «Handlungsfähigkeit hinsichtlich bestimmter bestehender Rechte und Pflichten»[18].

[9] Diese berechtigte Frage stellt BRANCA, Commentario III/2, 2 f.

[10] So insbesondere HAAB, N 3 zu Art. 641; STAUDINGER/SEUFERT, N 1 ff, insbesondere N 17 der Vorbem. zum Eigentum; BRANCA, Istituzioni, 210.
TUOR/SCHNYDER, 482, sprechen diesfalls vom «materiellen» Eigentumsbegriff.

[11] Darüber LIVER, N 8 der Einleitung; MEIER-HAYOZ, N 196 des Systematischen Teils.

[12] Über die Rechtsnatur der Gemeinschaft zur gesamten Hand, Zürcher Diss. 1963. Vgl. dazu die Besprechungen von LIVER, Gemeinschaftliches Eigentum, ZBJV *100* (1964) 261 ff; BRECHER, AcP *166* (1966) 362 ff; HUBER, HANS, ZBGR *47* (1966) 126 ff.

[13] N 7 zu Art. 646, N 7 zu Art. 652.

[14] 116: «Jeder Gemeinder ist Subjekt der in der Gemeinschaft befindlichen Rechte: er ist *Eigentümer* der körperlichen Sachen.» 166: «Die begrifflich-widerspruchslose *Denkbarkeit* dieser Rechtsfigur ... ergibt sich aus den vorstehenden Untersuchungen über die Rechtszugehörigkeit.»

[15] BRECHER, 367.

[16] 18 f.

[17] KUNZ, 11 ff, 165 ff.

[18] Ders., 13.

Rechtszuständigkeit sei formelle, Verfügungsmacht materielle Objektszuordnung[19]. Wie ist das zu verstehen?

Als Objekt erscheint in dieser Konstruktion das Recht selbst, also etwa das Eigentum (nicht die Sache) oder die Obligation[20]. Dieses Objekt wird nun in Beziehung gesetzt zu einem Subjekt, das entweder eine natürliche oder eine juristische Person ist[21]. Diese Beziehung erhält den Namen «Zuständigkeit» (Zugehörigkeit). KUNZ nennt dieses Gebilde auch Subjekt/Objekt-Relation[22].

Die Rechtszuständigkeit sei jedoch lediglich formelle Subjekt/Objekt-Relation, da die Rechtssubjektivität noch nicht notwendigerweise (und begrifflich doch wohl überhaupt nicht) die Verfügungsmacht impliziere[23]. KUNZ versteht demnach unter Rechtszuständigkeit die Beziehung eines Subjekts zum inhaltlich entleerten Recht, zu dessen blosser Form.

Neben diese Erscheinung tritt die materielle Objektszuordnung[24]. Es ist die Beziehung eines Subjekts zum Inhalt, zur «Materie» des Rechts. Diese Relation sagt aus, wer die durch das subjektive Recht vermittelte Macht tatsächlich innehat. Das ist entweder das Rechtssubjekt selber oder sein Stellvertreter. «Die Rechtsinnehabung ... ist eines, die Verfügungsmacht ein anderes[25].»

Da die Rechtszuständigkeit lediglich als die Beziehung eines Subjekts zum inhaltlich entleerten Recht, zu dessen blosser Form, begriffen wird, glaubt KUNZ auch die logisch widerspruchslose Denkbarkeit eines Nebeneinanders mehrerer solcher Relationen am gleichen Objekt nachgewiesen zu haben[26]. Der Einwand, die durch das Eigentum vermittelte Sachherrschaft ertrage keine zweite derartige Macht neben sich, wird abgelehnt, da für die Bestimmung der Rechtszuständigkeit gerade vom Inhalt des Rechts, mithin von der Rechtsmacht, abgesehen wird. «Das mag zunächst bestechend wirken, ist aber letztlich doch nur eine geistvolle, scharfsinnige Begriffsmanipulation[27,28].»

Mir scheint, dass die versuchte Konstruktion zwei logische Unmöglichkeiten aufweist.

KUNZ spricht von formeller und von materieller Subjekt/Objekt-Relation. Er übersieht dabei, dass er nicht nur zwei Beziehungen zu *einem* Gegenstand (zum Recht als Ganzheit) herstellt, sondern auch zwei verschiedene Bezugsobjekte schafft: Einmal ist es nur die Form des Rechts, zum zweiten nur dessen

[19] Ders., 16 ff.
[20] Ders., 12.
[21] Ders., 88 ff.
[22] Ders., 165.
[23] Ders., 18.
[24] Ders., 19 ff.
[25] Ders., 165.
[26] Ders., 166, 70 f.
[27] BRECHER, 364.
[28] LIVER, Gemeinschaftliches Eigentum, 268, schreibt über diesen Konstruktionsversuch: «Wenn man sich wohlwollend ausdrücken will, kann man von einem Kunstgriff sprechen.»

Inhalt. Das sind, in diesem Denkmodell, zwei verschiedene Dinge. In Wirklichkeit lassen sie sich jedoch niemals voneinander trennen. «Inhalt lässt sich aber nur in der Form denken. Der Gehalt ist zugleich immer auch Form, weil er sonst zerfiele[29].» Es gibt nicht formlose, frei im Raum «schwebende» und in sich «zusammenfallende» Rechtsmacht. Diese erhält immer ein bestimmtes Kleid: Es ist ein Eigentumsrecht, eine Nutzniessung, eine Obligation usw., und in dieser Bezeichnung ist die Form bereits inbegriffen[30]. Kunz stützt – wohl unbewusst – sein ganzes Gebäude auf zwei Pfeiler, die es in Wirklichkeit nicht gibt; womit die Konstruktion sich als fehlerhaft erweist.

Und weiter: Kunz bejaht die Denkbarkeit der Existenz einer Mehrzahl von formellen Subjekt/Objekt-Beziehungen, mithin einer Mehrheit von leeren «Eigentumsformen» an der gleichen Sache. Die Macht jedoch, die den Gesamteigentümern oder den Miteigentümern insgesamt zur Verfügung steht, kann nur jene eines einzigen Eigentumsrechts sein[31]. Man steht also vor der absonderlichen und völlig unverständlichen Figur: Einerseits eine Mehrzahl von «Eigentumsformen», andererseits ein einziger «Eigentumsinhalt»! Was bedeuten und was sind die überzähligen leeren Formen?

Kunz hat die von ihm aufgeworfene Frage, wie es denn denkbar sei, dass mehreren Subjekten gleichzeitig je ein Eigentumsrecht an der gleichen Sache zuerkannt werden könne, nicht beantwortet. Er hat das Problem bestenfalls von der Ebene der Rechtszuständigkeit auf jene der Dispositionsfähigkeit *verschoben*[32]. Spätestens hier zeigt sich wieder der exklusive Charakter des Eigentumsrechts.

§ 3 Ausschluss der Teilung des Eigentumsrechts. Über die Teilung dinglicher Rechte allgemein[1]

I. Über den Inhalt subjektiver Rechte

1. Das subjektive Recht ist, seinem Begriffe nach, abstrakt umschriebene, gedachte Rechtsmacht[2]. Der Gedanke liegt nahe, diese Machtfülle aufzuteilen und die so entstandenen «Machtportionen» den einzelnen Miteigentümern zu-

[29] Fabricius, 128, der auf Rickert, Heinrich, Das Eine, die Einheit und die Eins (2. A., Tübingen 1924), 11 ff und 16 f, verweist.
[30] Fabricius, 128.
[31] Auch für Kunz, 166 f, ist die Gesamthandsgemeinschaft eine zur *Einheit* gewordene *Dispositions*gemeinschaft.
[32] Brecher, 364.
[1] Vgl. auch § 10 I.
[2] Enneccerus/Nipperdey, Lehrbuch I/1, 428 f.

zuordnen, wodurch ein jeder einen Teil des Eigentumsrechts als eigenes, selbständiges Recht zugewiesen erhielte[3].

2. Vorerst ist der Begriff der Teilung klarzulegen, um einen blossen Wortstreit zu vermeiden[4].

Es wird hier, in Anlehnung an LARENZ[5] und SÄNGER[6], unter Teilung verstanden «die Zerlegung eines Gegenstandes in lediglich quantitativ von ihm verschiedene und daher zahlenmässig bestimmbare Bestandteile», also «jede Zerlegung nach einer Grössenbestimmung»[7]. In diesem Sinne ist nur teilbar, was einer Grössenbestimmung fähig ist, insbesondere also der Raum, die Zeit und ihr gedanklicher Ausdruck, die Zahl[8].

Die Frage, ob eine dieser Definition entsprechende Teilung eines Gegenstandes vorliege, beantwortet sich demnach auf Grund eines quantitativen und – was wichtig ist – eines qualitativen Vergleichs der Teile unter sich und mit dem Ganzen.

3. EUGEN HUBER[9] hat hinsichtlich der Rechtsteilung eine scheinbar widerspruchsvolle Auffassung vertreten. «Geteilt ist dabei [im Miteigentumsverhältnis] das Eigentumsrecht, nicht die Sache.» «Ungeteilt, also auch ohne Quotenabteilung, bleibt, was sich nach der Natur des Verhältnisses nicht in die Quoten teilen lässt, und dies umfasst diejenige Richtung der Eigentumsbefugnisse, in der die tatsächliche Herrschaft über die Sache sich äussert, wie Gebrauch und Nutzung, Bearbeitung, oder irgendwelche sonstige körperliche Einwirkung.» Dazu die Anm. 1: «Und zwar weder ideell noch korporell. Das Eigentumsrecht wird immer als geteilt denkbar sein, nach ideellen Quoten. Die körperliche Einwirkung oder tatsächliche Herrschaft aber kann nur als äusserlich geteilt gedacht werden, sobald sie von mehreren zugleich ausgeübt werden will. Ist diese körperliche Teilung ausgeschlossen, so kann also in dieser Hinsicht überhaupt nicht mehr von Teilen gesprochen werden, so dass diesfalls dann das Miteigentum als ein Verhältnis ohne Teilung darstellt.» Wie ist das zu verstehen?

Mir scheint, dass HUBER das Eigentum von zwei verschiedenen Seiten her beleuchtet hat; einmal als abstrakt gedachte Rechtsmacht, sodann als Inbegriff einzelner (konkreter) Befugnisse.

[3] Anstelle vieler CROME, System II, 807: «Vielmehr ist das Eigentumsrecht als solches getheilt»; ENDEMANN, Lehrbuch I, 1145: «Geteilt ist in allen Fällen nicht der Gegenstand in Natur, sondern bloss das Recht»; STAUDINGER/BERG, N 1 zu § 1008 (aber schon in N 4 anders).

Nach ENNECCERUS/LEHMANN, Lehrbuch II, 737, entspricht die Teilungslehre herrschender Auffassung. Das dürfte auch für die deutsche Rechtswissenschaft kaum zutreffen. Dazu Anm. 16 hiernach.

[4] LARENZ, Rechtsgemeinschaft, 124 f; ausführlich dazu SÄNGER, 78 ff.

[5] Rechtsgemeinschaft, 124 f.

[6] 82.

[7] LARENZ, a.a.O., 124.

[8] Ders., a.a.O., 125; RÜMELIN, GUSTAV, Die Teilung der Rechte, 11 (zitiert bei LARENZ, a.a.O., 125, Anm. 1), hält für teilbar den Raum, die Zeit und die Zahl.

[9] Sachenrecht, 50 f.

Wenn man das subjektive Recht als abstrakt umschriebene, gedachte Rechtsmacht definiert, dann abstrahiert man dabei von den einzelnen im Recht enthaltenen (konkreten) Befugnissen. Auf diese Weise lässt sich diese Macht als «Machtfülle», als «Machtquantum» *vorstellen*. Damit ist, für die Teilungslehre, der entscheidende Schritt getan: Das subjektive Recht erhält die für die Teilung notwendige Dimension, es wird zum *Quantum*. Dieses lässt sich nunmehr *gedanklich* aufteilen und verschiedenen Subjekten zuweisen; der eine «erhält» (beispielsweise) $^1/_3$, der andere $^2/_3$ der Rechtsmacht. Das meint HUBER, wenn er sagt, dass das Eigentumsrecht gedanklich stets als teilbar gelten könne.

Es ist indessen darauf zu achten, dass der Begriff des subjektiven Rechts als einer abstrakt umschriebenen, gedachten Rechtsmacht die Tatsache missachtet, dass sich diese Macht in Einzelbefugnissen äussert[10]. Diese werden, im erwähnten Denkmodell, allesamt auf den gleichen Nenner gebracht, ohne dass überprüft würde, ob sie unter sich auch gleichartig seien. Die qualitative Seite der Rechtsmacht wird, infolge der grossen «Abstraktionshöhe»[11] des Begriffs, zu stark vernachlässigt. Dadurch wird *dieser* Begriff des subjektiven Rechts für die Beantwortung der Frage nach der Teilbarkeit des Eigentums unbrauchbar. Er verunmöglicht den qualitativen Vergleich der Teile unter sich und mit dem Ganzen, weil er über den tatsächlichen Inhalt des Rechts gar nichts Greifbares aussagt.

II. Unteilbarkeit des Eigentums als Inbegriff unter sich verschiedenartiger Einzelbefugnisse

1. Auf körperliche Einwirkungen gerichtete Befugnisse

Jene Eigentumsbefugnisse, die hier zur Sprache stehen, beinhalten tatsächliche menschliche Handlungen, die sich in Raum und Zeit vollziehen; «im Raum, weil jede Handlung als äusseres Geschehen einen gewissen Platz einnimmt, der näher lokalisiert werden kann; in der Zeit, weil jede Handlung sich in einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb einer fest umrissenen Zeitspanne abspielt»[12].

Daraus folgt, dass jede dieser einzelnen Befugnisse eine eigene Qualität aufweist; jede ist einzigartig. Sollten sie irgendwie auf mehrere Subjekte verteilt werden, so könnten sie niemals Eigentumsteile bilden, weil sie unter sich und

[10] v. TUHR, Allgemeiner Teil des BGB I, 61.

[11] Dazu und allgemein zur Sinnentleerung der Begriffe durch zu weitgehende Abstraktion LARENZ, Methodenlehre, 414, 419 ff.

[12] KUNZ, 91.

zum Ganzen qualitativ verschieden wären. Eine Teilung der körperlichen Einwirkungen ist, wie HUBER[13] richtig erkannt hat, weder ideell noch korporell gedanklich fassbar.

2. Veräusserungs- und Belastungsbefugnis

a) Indessen hält auch HUBER – unter anderem – die Teilung der rechtlichen Befugnisse[14] für möglich[15]. Mit dieser Auffassung steht er in Übereinstimmung mit manch anderem prominenten Rechtslehrer[16]. Der teilweisen Ausübung fähig sind, nach dieser Lehre, nebst den rechtlichen Befugnissen auch noch jene zum Fruchterwerb und dann die Schadenersatzansprüche[17]. Hier werden nur die erstgenannten betrachtet.

b) Man kann unmöglich ein Objekt «zum Teil» veräussern oder belasten. Die irgendwie geartete Verfügung ergreift dieses stets in seiner Ganzheit. Entweder wird über ihn verfügt, oder es wird über ihn nicht verfügt. Tertium non datur.

Denkbar ist nur die Verfügung *über* einen Teil irgendeines Gegenstandes. Dann ist aber dieser und nicht die Verfügungsbefugnis selbst geteilt.

3. Befugnis, natürliche Früchte zu ziehen

a) Die Lehre, die die Fruchtziehungsbefugnisse für teilbar hält, stützt sich auf den römischrechtlichen Satz «frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus»[18]. Daraus ist insbesondere der Schluss gezogen worden, dass der ususfructus zu den teilbaren Rechten zu zählen sei[19].

Es muss indessen darauf hingewiesen werden, dass nach der bekannten Umschreibung des PAULUS[20] der ususfructus das Recht ist, «alienis rebus *utendi fruendi* salva rerum substantia». Die Nutzniessung setzt sich demnach aus dem uti und aus dem frui zusammen. Wie das ganze Recht teilbar sein soll, ob-

[13] Sachenrecht, 51, insbesondere Anm. 1.

[14] Dazu gehört das Recht, die Sache zu veräussern, zu belasten, zu derelinquieren, von Todes wegen darüber zu verfügen: MEIER-HAYOZ, N 18 zu Art. 641.

[15] Sachenrecht, 50.

[16] MEIER-HAYOZ, N 5 zu Art. 646; ENNECCERUS/LEHMANN, Lehrbuch II, 737: «Das nach Bruchteilen gemeinsame Recht steht mehreren derartig zu, dass jeder die Befugnisse, deren teilweise Ausübung möglich ist, in bezug auf seinen Anteil ausüben kann, während die übrigen Befugnisse in der Regel nur von allen zusammen, von dem einzelnen aber nur insoweit ausgeübt werden können, als dadurch die Interessen der übrigen nicht verletzt werden»; ENNECCERUS/NIPPERDEY, Lehrbuch I/1, 450; ESSER, 744; EICHLER, Institutionen I, 154 ff.

[17] LARENZ, Lehrbuch II, 266, Anm. 1; ENNECCERUS/NIPPERDEY, Lehrbuch I/1, 450.

[18] D. 7, 8, 19.

[19] Anstelle vieler LEEMANN, N 9 zu Art. 745; BIONDI, 169, 171; TRIFONE/DE MARTINO, 167 f; BRANCA, Commentario III/2, 129: «Ora, siccome la divisibilità dell'usufrutto è universalmente riconosciuta ...»

[20] D. 7, 1, 1.

schon es einzelne Befugnisse (das uti) nach der oben wiedergegebenen römischrechtlichen Aussage und auch nach den hiervor gemachten Ausführungen nicht sind, bleibt unverständlich.

Nach BIONDI[21] wird allerdings in der zitierten Digestenstelle nicht das frui dem uti, sondern die (teilbare) Nutzniessung der (generell unteilbaren) Grunddienstbarkeit entgegengestellt.

Hier werden die Überlegungen auf die Fruchtziehungsbefugnisse (des Eigentümers oder des Nutzniessers) beschränkt. Sollten sie sich, entgegen der sozusagen einhelligen Lehre, als unteilbar erweisen, so muss es auch die Nutzniessung sein; denn es ist logisch widersprüchlich, das Ganze für teilbar zu erklären, wenn es seine einzelnen Komponenten nicht sind.

b) Die Fruchtziehungsbefugnisse beinhalten die Möglichkeit, die Früchte, die bis zur Trennung von der Muttersache deren Bestandteil sind, von dieser zu trennen. Das sind aber menschliche Handlungen, die sich in Raum und Zeit abspielen und deshalb, wie jede körperliche Einwirkung, unteilbar und einzigartig sind. Daraus folgt, dass auch die Nutzniessung ein unteilbares Recht sein muss.

Zu diesem Ergebnis ist offenbar schon MESSINEO[22] gelangt, denn er hält *alle* dinglichen Rechte für unteilbar.

c) Mit diesen Ausführungen ist lediglich die Frage beantwortet, ob die Fruchtziehungs*befugnis* als solche teilbar sei. Von dieser Frage ist aber die andere zu trennen, ob es die *durch deren Ausübung* gewonnenen Früchte seien. Diese Unterscheidung wird zu Unrecht missachtet. Dass die Früchte selbst (oft) teilbar sind, lässt sich nicht bestreiten; sie sind körperliche Dinge und weisen demnach die für die Teilung notwendige Dimension auf. Aber man darf nicht sagen, die Nutzniessung sei ein teilbares Recht, *weil* die Gesamtnutzung einer Sache ihrer Natur nach teilbar sei[23]. So werden zwei Fragen, die auseinanderzuhalten sind, in unzulässiger Art und Weise miteinander vermengt.

Ebenso unzutreffend ist es, wenn LEEMANN an der gleichen Stelle ausführt, dass deshalb, *weil* die Nutzniessung ein teilbares Recht sei, sie auch mehreren Personen gemeinschaftlich (zu Bruchteilen oder zu gesamter Hand) zustehen könne. Auch Rechte, die von alters her als unteilbar gelten, können unbestreitbar mit einer Personenmehrheit nach den Regeln des Miteigentums in Beziehung gebracht werden. Das trifft insbesondere zu für Grunddienstbarkeiten[24], und zwar dann, wenn das herrschende Grundstück selbst in Miteigentum

[21] 170.
[22] 42; dagegen BIONDI, 171.
[23] So LEEMANN, N 9 zu Art. 745.
[24] Diese Rechte gelten seit dem römischrechtlichen, dem Juristen POMPONIUS zugesprochenen Satz (dazu BIONDI, 169) «et servitutes dividi non possunt; nam earum usus ita conne-

steht[25]. Oder man denke an selbständige und dauernde Dienstbarkeiten im Sinne des Art. 781 ZGB. Wenn sie ins Grundbuch aufgenommen sind, werden sie im Rechtsverkehr wie Grundstücke behandelt. Sie können alsdann durchaus einer Personenmehrheit nach den Miteigentumsregeln zugeordnet werden.

d) Wesentliche Elemente der hiervor wiedergegebenen Gedanken sind, in bezug auf Grunddienstbarkeiten, die vornehmlich ein frui enthalten (Quellenrechte, Rechte zur Ausbeutung von Bodenbestandteilen), von BIONDI[26] entwikkelt worden.

Die Doktrin[27] hat schon versucht, die Grunddienstbarkeiten nach dem Kriterium, ob sie ein uti oder ein frui enthalten, voneinander zu scheiden. In Anwendung des vorne zitierten römischrechtlichen Grundsatzes sollten die ersteren unteilbare, die letzteren teilbare Erscheinungen sein. Diese Zweiteilung wird von BIONDI[28] verworfen: «Altro è titolarità della servitù ed altro è titolarità delle cose che si ricavano dall'esercizio di essa, la cui proprietà si acquista secondo i principi generali. *La divisibilità* che la dottrina attribuisce a talune servitù, *va riferita* non alla servitù, come diritto, *ma al prodotto materiale che si ricava dal suo esercizio*» [überall von mir hervorgehoben][29]. Diesen Gedanken überträgt aber BIONDI nicht auch auf das frui, auf die Fruchtziehungsbefugnis und mithin auf die Nutzniessung, obschon sich diese Ausdehnung geradezu aufdrängt. Was den usufrutto betrifft, steht seine «sicura divisibilità»[30] fest.

4. Befugnis, zivile Früchte zu ziehen. Surrogate des Eigentumsobjekts

Die Befugnisse, die auf Gewinnung ziviler Früchte oder auf Ersatz des Eigentumsobjekts hinzielen, fliessen aus Vertrag (Mietvertrag, Pachtvertrag, Versicherungsvertrag usw.), aus Art. 41 OR (widerrechtliche Schadenszufügung) oder aus Sachverhalten ungerechtfertigter Bereicherung (etwa wegen Verarbeitung: Art. 726 ZGB, wegen Verbindung oder Vermischung: Art. 727 II ZGB). Diese Befugnisse sind obligatorischer, niemals dinglicher Natur. Sie stehen zwar dem Eigentümer zu, aber nicht als dem dinglich Berechtigten, sondern in der Stellung des Vertragspartners, des Geschädigten oder Entreicher-

xus est ut qui eum partiatur naturam eius corrumpat» als unteilbar: anstelle vieler LIVER, N 44 zu Art. 730; BIONDI, 193 f.

[25] LIVER, N 44 zu Art. 730.

[26] 170 f.

[27] Dazu BIONDI, 170.

[28] 171.

[29] Zu diesem Ergebnis gelangt auch GROSSO/DEIANA, Trattato V/1, 217 ff.

[30] BIONDI, 171.

ten. Die Qualifizierung dieser Befugnisse als teilbare oder unteilbare Erscheinungen liefert mithin überhaupt keine Erkenntnis für die Beantwortung der Frage, ob das Eigentumsrecht die eine oder andere Eigenschaft aufweise. Das wird, soweit ich zu sehen vermag, in der Literatur verkannt[31].

§ 4 Ausschluss mehrfacher Zuständigkeit eines subjektiven Rechts

I. Inhaltsleere des Begriffs der Rechtsinnehabung

1. Wer die Teilbarkeit des Eigentumsrechts ablehnt, erliegt leicht der Versuchung, dieses mit der Mehrzahl der Subjekte in Verbindung zu setzen. Im Unterschied zur die Regel bildenden Einzelzuständigkeit entstünde alsdann Mehrheitszuständigkeit eines subjektiven Rechts[1], und diese Mehrheitszuständigkeit bildete dann auch das Hauptmerkmal, um die Rechtsgemeinschaft von der zur Einheit gewordenen und deshalb Einzelzuständigkeit ermöglichenden juristischen Person zu unterscheiden. Bekennt man sich zu dieser Konstruktion, so ist auch der Satz richtig, wonach hinsichtlich der Rechtszuständigkeit zwischen Rechtsgemeinschaft einerseits und juristischer Person andererseits begriffslogisch kein Brückenschlag möglich sei[2].

An die theoretische Denkbarkeit mehrfacher Innehabung eines subjektiven Rechts wird kaum gezweifelt, und diese Vorstellung bildet denn auch Bestandteil der herrschenden Lehre[3]. Man wird sich indessen fragen müssen, ob diese Doktrin hieb- und stichfest sei.

2. Die Beantwortung der Frage, ob eine mehrfache Rechtsinnehabung möglich sei, setzt die Klarlegung des Begriffs der Rechtsinnehabung selbst voraus, denn «die richtig gestellte Frage bezieht einen unbekannten Fall auf einen bekannten Begriff»[4]. Allein über diesen Begriff besteht nichts weniger als Klarheit. «Die Unterscheidung zwischen der Fähigkeit, Rechte oder Pflichten zu haben, und der Fähigkeit, solche zu begründen und geltend zu machen, ist uns geläufig; allein um nichts desto klarer. Schon dieses ‚Haben', ‚Innehaben' von

[31] Für die schweizerische Literatur vgl. Meier-Hayoz, N 65 ff zu Art. 646, N 4 f zu Art. 648; Haab, N 2 zu Art. 648; Leemann, N 13 zu Art. 648.

[1] Engländer, 33 ff.

[2] Gierke, Deutsches Privatrecht I, 481 f; Regelsberger, Pandekten I (Leipzig 1893), 317; v. Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB I, 369 ff; Jörges, Zur Lehre vom Miteigentum und der gesamten Hand nach deutschem Reichsrecht, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht *49* (1900) 166 ff; Engländer, 29 ff; Kunz 70 f.

[3] Nebst den in Anm. 2 hiervor zitierten Autoren vgl. auch Haab, N 7 der Vorbem. zu den Art. 646–654; v. Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB I, 78 ff; Enneccerus/Nipperdey, Lehrbuch 1/1, 448 ff; BGE *80* II 374.

[4] Burckhardt, Methode, 25.

Rechten und Pflichten lässt sich kaum definieren[5].» Ähnlich urteilt LARENZ[6]: «Wer dieser ‚Träger' ist und was es überhaupt heisst, Rechte und Pflichten zu ‚haben' (d.h. im Rechte zu stehen), bleibt völlig ausserhalb dieses Begriffs» (Person = Rechtssubjekt = möglicher Träger von Rechten und Pflichten). Dieser Mangel an Substanz der Aussage ist die Folge der fortgeschrittenen «Abstraktionshöhe» des Begriffs, mit deren Zunahme regelmässig eine Sinnentleerung einhergeht[7].

Wenn es also nicht feststeht, was Rechtsinnehabung bedeutet, dann liefert dieser Begriff auch nicht die Erkenntnis zur Beantwortung der Frage nach der Denkbarkeit mehrfacher Zuständigkeit eines subjektiven Rechts.

3. Zur Klärung des aufgeworfenen Problems wird daher der Begriff der Rechtsinnehabung verlassen, und es wird deren *Folge* zum Ausgangspunkt der Betrachtungen gewählt.

Es ist richtig, die Rechtsinnehabung von der Dispositionsfähigkeit zu unterscheiden[8]. Wer ein Recht «hat», kann auf Grund dieser Tatsache nicht schon über die darin enthaltene Rechtsmacht verfügen. Aber ebenso richtig und wichtig ist die Erkenntnis, dass Rechtsinnehabung und Dispositionsfähigkeit eng miteinander verknüpft sind[9]. Die Zuordnung eines Rechts zu einem Subjekt bedeutet stets, dass entweder dem (handlungsfähigen) Subjekt selber oder dann seinem Vertreter die Macht in ihrer ganzen Fülle auch tatsächlich zukommt. Das bezweckt ja gerade die Zuständigkeit[10]. Mehrfache Zuständigkeit hätte demnach den gleichzeitigen Zufluss ein und derselben Macht zu mehreren Subjekten (oder zu ihren Vertretern) zur *Folge*. Es fragt sich, ob sich diese Vorstellung mit der Zweckbestimmung des subjektiven Rechts in Einklang bringen lasse.

4. Im folgenden wird unter dem Ausdruck «Rechtssubjekt» das Rechtssubjekt im gesetzestechnischen Normalfall verstanden, also jenes Wesen, das einerseits das Recht «hat», andererseits auch über die Rechtsmacht verfügen kann. Das ist zwar eine begriffliche Ungenauigkeit. Sie bleibt jedoch ohne Folgen auf das Ergebnis *dieser* Untersuchungen und erleichtert die sprachliche Darstellung.

[5] Ders., Einführung, 115.
[6] Methodenlehre, 420.
[7] LARENZ, Methodenlehre, 419 ff.
[8] § 2 II; KUNZ, 9 ff.
[9] KUNZ, 17, sieht die praktisch wichtigste Funktion der Rechtszuständigkeit in der Bestimmung des Verfügungsberechtigten (Dispositionsberechtigten).
[10] v. TUHR, Allgemeiner Teil des BGB I, 66.

II. Das subjektive Recht als Mittel zur Abgrenzung verschiedener Machtsphären

1. Das menschliche Verhalten muss sich in geordneten Bahnen abwickeln. Es ist Aufgabe der Rechtsordnung, wenigstens einzelne der Geleise zu legen. Sie bedient sich dabei des Mittels der Rechtsnorm. Diese hat «den menschlichen Willen so zu lenken, dass die Gemeinschaft nicht Schaden leidet»[11]. Dieses Ziel wird, wie v. Tuhr[12] lehrt, von der Rechtsordnung mit verschiedener Technik angestrebt.

Die wichtigste davon weist den einzelnen Subjekten ein bestimmtes Herrschaftsgebiet zu. Innerhalb dieses Kreises soll der einzelne Wille Regent sein. Der Friede[13] wird durch eine möglichst genaue und eindeutige Grenzziehung zwischen den einzelnen Herrschaftsbereichen gewährleistet. Ein solcher einem Subjekt zugewiesener und seinem Willen unterworfener Herrschaftskreis nennt man subjektives Recht[14].

Das subjektive Recht ist also ein von der Wissenschaft entwickeltes Mittel, um verschiedene Machtsphären gegeneinander abzugrenzen. Die Friedensordnung ist aber erst dann verwirklicht, wenn die gesamte vorhandene Rechtsmacht auf so viele «Einzelreiche» aufgeteilt ist, als es «Herrscher» gibt; denn wo die gleiche Macht gleichzeitig von verschiedenen Willen beherrscht wird, wird Unfrieden gezeugt. Der Zweckbestimmung des subjektiven Rechts entspricht es demnach, eine bestimmte Rechtsmacht einem *einzigen* Willen unterzuordnen. Zwar ist es denkbar, dass in einer konkreten Rechtsordnung die Grenzziehung zwischen den Herrschaftsbereichen nicht überall gelungen ist oder dass sich sogar unverteilte Macht vorfindet. Das ist ein Zeichen dafür, dass Wissenschaft, Gesetzgebung und Rechtsprechung das Mittel des subjektiven Rechts nicht überall richtig eingesetzt oder dann gar nicht verwendet haben. Solche praktischen Schwierigkeiten und Unstimmigkeiten können jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass das subjektive Recht nach seiner *theoretischen Konzeption* eine bestimmte Rechtsmacht immer nur einem Willen zur Verfügung stellen will. Ein einziger Wille kann aber nur von einer Einheit herrühren, niemals von einer Vielheit. Daraus ergibt sich, dass eine mehrfache Zuständigkeit der Zweckbestimmung des subjektiven Rechts selbst zuwiderlaufen würde. Dieses fände zu etwas Verwendung, zu dessen Vermeidung es gerade geschaffen wurde. Das wäre ein Widerspruch in sich selbst[15].

[11] Merz, Das Recht als soziale Ordnungsmacht, 7 f.

[12] Allgemeiner Teil des BGB I, 54 ff; vgl. auch Enneccerus/Nipperdey, Lehrbuch I/1, 430 ff.

[13] Merz, a.a.O., 27: «So sieht er [Fontane] das Recht als das, was es in seiner Funktion für den Menschen letztlich ist: eine Friedensordnung menschlicher Gemeinschaften.»

[14] v. Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB I, 55; Enneccerus/Nipperdey, Lehrbuch I/1, 428 f.

[15] Diese Argumentation wird von Engländer, 35 f, Anm. 70, abgelehnt.

2. In der italienischen Wissenschaft steht insbesondere LUZZATTO[16] auf dem gleichen Standpunkt: «Alla unità della sfera d'azione corrisponde l'unità della persona, perchè infatti dove vi è *una* persona, *una* volontà, *un* organismo insomma non vi è la possibilità di guerra e precisamente per questo viene a mancare lo scopo di ogni delimitazione.

Il diritto divide l'ambite d'azione degli esseri in sfere distinte e si arresta solo quando trova l'unità del soggetto; allora cessano pure le funzioni delimitatrici del diritto, il quale riconosce in quella cerchia indivisa, come in un piccolo regno, l'autorità sovrana di quel soggetto.»

Im neuesten deutschen Schrifttum hat sich FABRICIUS[17] im gleichen Sinne geäussert: «...das *eine* subjektive Recht als Einheit ... kann jeweils nur einem Subjekt zuständig sein[18,19].»

3. Diese Ausführungen besagen natürlich nicht, dass an ein und demselben Objekt das Vorhandensein einer Mehrzahl subjektiver Rechte undenkbar sei. Das Rechtsobjekt ist vom Recht selbst zu unterscheiden. Gerade durch die Errichtung beschränkter dinglicher Rechte entstehen mehrere subjektive Bezogenheiten zu demselben Gegenstand. Allein diese Erscheinung hat mit einer mehrfachen Zuständigkeit eines Rechts nichts gemein. Die verschiedenen Machtsphären sind hier gegeneinander abgegrenzt, und es entsteht eine Mehrheit von subjektiven Rechten, der eine ebenso grosse Vielheit von Subjekten entspricht.

4. In der Konsequenz dieser Auffassung liegt die Verneinung der Denkbarkeit einer eigentlichen *Rechts*gemeinschaft. Diesem Ergebnis steht nicht etwa das Marginale des Art. 646 ZGB entgegen: «C. Gemeinschaftliches Eigentum». Dinge, die der Logik widersprechen, kann der Gesetzgeber der Wissenschaft nicht aufzwingen[20]. Die in das Grundbuch aufgenommenen selbständigen und dauernden Rechte und die Bergwerke beispielsweise *sind,* trotz dieser gesetzlichen Formulierung (Art. 655 II ZGB), nicht Grundstücke. Diese sind und bleiben *Rechte,* die den Grundstücken «nur durch die Unterstellung unter die Vorschriften über den Grundstücksverkehr gleichgestellt»[21] sind. Die begriffliche Schärfe ist durch unseren Gesetzgeber – bewusst – nicht zur vollen

[16] 15. Vgl. allgemein seine trefflichen Darlegungen auf den Seiten 14 ff.

[17] 118 ff. Dort setzt er sich insbesondere auch mit dem Zuständigkeitsbegriff ENGLÄNDERS, 29 ff, und BUCHDAS, 248 ff, auseinander.

[18] FABRICIUS, 121.

[19] Zum gleichen Ergebnis sind schon gelangt SOHM, 62; HÖLDER, 272; OPPIKOFER, 4.

[20] Anders ENGLÄNDER, 35, Anm. 70: «Die Bedeutung des § 741 BGB als der positivrechtlichen Grundlage aller und jeder privatrechtlichen ‚Gemeinschaft' subjektiver Rechte ... liegt daher ... darin, dass diese Vorschrift unseres Gesetzes ... neben der normalen Einzelzuständigkeit eine *Zuständigkeit des subjektiven Rechts an mehrere Subjekte gemeinschaftlich* überhaupt erst einmal *anordnet.*»

[21] LIVER, Verzicht auf beschränkte dingliche Rechte, 360; ders., Baurechtsdienstbarkeit, 380, 385, 389; MEIER-HAYOZ, N 5 zu Art. 655.

Perfektion gesteigert worden[22]. Es fehlt denn auch jede Definition der Rechtsgemeinschaft. Sie bildet lediglich den systematischen Oberbegriff für die beiden Formen «gemeinschaftlichen» Eigentums: «C. Gemeinschaftliches Eigentum. I. Miteigentum (Art. 646 ff ZGB)..., II. Gesamteigentum (Art. 652 ff ZGB)».

Aber selbst wenn der Gesetzgeber von einer bestimmten dogmatischen Lehre ausgegangen wäre und dieser im Gesetz irgendwie Ausdruck verliehen hätte, könnte sie von der Rechtswissenschaft nicht blindlings übernommen und befolgt werden; denn rein dogmatische Aussagen des Gesetzes sind unverbindlicher Gesetzesinhalt[23].

III. Der Miteigentumsanteil als selbständiges subjektives Recht

1. Auch dem Miteigentümer kommt unbestreitbar eine bestimmte Rechtsmacht zu; aber nicht jene, die aus dem vollen Eigentumsrecht fliesst. Seine Macht ist ihm ausschliesslich zugeordnet. Aber es gibt keinen Rechtsinhalt ohne Form[24]. Die dem einzelnen Miteigentümer zukommende Rechtsmacht ist Inhalt eines subjektiven Rechts[25], und zwar eines ihm allein und ausschliesslich zustehenden. Man kann dieses Recht, um es von anderen zu unterscheiden, benennen. Nichts spricht gegen seine Kennzeichnung als Miteigentumsanteil.

Wie die meisten subjektiven Rechte setzt sich auch der Miteigentumsanteil aus einer Reihe von Einzelbefugnissen zusammen. Ein Blick auf das Stockwerkeigentumsrecht bestätigt diese Aussage. Der Stockwerkeigentümer erhält beispielsweise die Befugnis, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen (Art. 712 a ZGB); er ist ferner befugt, an der gemeinsamen Willensbildung mitzuwirken (Art. 712 o ZGB) oder darf die Aufstellung eines Reglements über die Verwaltung und Benutzung der Gemeinschaftssache verlangen (Art. 712 g ZGB). Diese Einzelbefugnisse sind ganz unterschiedlicher Natur. Sie zu bestimmen, ist hier noch nicht der Ort. Aber gegen die Definition, die den Anteil als Inbegriff der dem einzelnen zukommenden Befugnisse begreift[26], ist nichts einzuwenden.

[22] Allgemein dazu Liver, Berner Kommentar, Einleitungsband, N 117 ff der Einleitung.
[23] Darüber Liver, Realobligation, 259; v. Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB I, 82 f.
[24] § 2 II.
[25] Fabricius, 144: «Die zu selbständigen subjektiven Rechten ausgestalteten Anteile...»
[26] Engländer, 105; Sänger, 104 ff; Wieland, Carl, N 1 zu Art. 646 (S. 32); Liver, Verzicht auf beschränkte dingliche Rechte, 362, kennzeichnet ihn als «Inbegriff der Beteiligung jedes einzelnen an der gemeinschaftlichen Willensbildung und der sich aus der dadurch und durch das Gesetz bestimmten Nutzungs- und Verwaltungsordnung ergebenden individuellen Befugnisse»; Fabricius, 140 f (auf S. 145 rechnet er allerdings die Pflichten ebenfalls zum Anteilsinhalt).
Andere Autoren nehmen in den Begriff auch noch die *Pflichten* der Beteiligten auf: Meier-Hayoz, N 27 zu Art. 646; Leemann, N 14 zu Art. 646; Haab, N 8 zu Art. 646. Vgl. auch § 7 I.

2. Wenn das Recht des Miteigentümers ein vom Eigentumsrecht verschiedenes Gebilde ist, dann stellt sich sogleich die Frage, wo denn das Eigentumsrecht selbst liege, zu welchem Subjekt dieses in Beziehung zu bringen sei. Dass am gemeinschaftlichen Gegenstand ein Eigentumsrecht besteht, lässt sich ernstlich nicht bestreiten. Dass dieses aber auch einen Träger haben muss, entspricht der Rechtslogik. Ein subjektloses subjektives Recht[27] widerspricht nicht nur, wie BRANCA[28] bemerkt, «alla nostra sensibilità di descendenti dei romani», sondern ist zudem eine contradictio in adiecto.

Die konstruktive Erfassung des Miteigentums erweist sich, wenn man den in dieser Arbeit gewählten Eigentumsbegriff zum Ausgangspunkt der Betrachtungen macht, als ein Problem des Personenrechts. Letztlich steht man sogar vor der grundsätzlichen Frage, ob das juristische System, wie es im Verlaufe der Zeit von der Rechtswissenschaft erarbeitet worden ist, als perfektes und lükkenloses Gebäude betrachtet werden dürfe, so dass jede rechtliche Erscheinung durch logisches Vorgehen in dieses eingeordnet werden kann und muss[29]. Ein Teil der modernen Wissenschaft ist, wie im folgenden aufzuzeigen ist, in diesen Fragen zu interessanten Ergebnissen gelangt.

§ 5 Mit- und Stockwerkeigentümergemeinschaften als kollektive Einheiten

I. Herrschende (dualistische) Lehre

1. Wer nicht rechtsfähig ist, kann nicht Rechtssubjekt sein. Das ergibt sich aus dem Begriff der Rechtsfähigkeit als der Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben (Art. 11 II ZGB). Rechtsfähigkeit kommt, das gehört scheinbar zum festen Bestand des juristischen Wissens, nur den Personen zu. Das überlieferte System kennt und anerkennt nur natürliche (Art. 11 ZGB) und juristische (Art. 53 ZGB) Personen. Nur sie können Rechte und Pflichten haben.

Diese sogenannte dualistische Lehre ist indessen schon von KARL WIELAND[1] beanstandet worden.

2. Ein subjektives Recht lässt sich, wie bereits hervorgehoben, nur mit einer Einheit in Beziehung bringen. Weil die einzelnen Miteigentümer nicht die Subjekte des gemeinsamen Rechts sein können, muss die Einheit in der Miteigen-

[27] Darüber v. TUHR, Allgemeiner Teil des BGB I, 76 f.
[28] Commentario III/2, 5.
[29] LARENZ, Methodenlehre, 421.
[1] Handelsrecht I, 402 ff.

tümergemeinschaft selbst erblickt werden. Diese selbst muss Subjekt des gemeinsamen Rechtes sein. Aber diese Gemeinschaft ist eben keine juristische Person.

Wäre das rechtswissenschaftliche System vollendet und geschlossen, so dass allen juristischen Erscheinungen darin ein Platz zugewiesen werden könnte, so wären die bisherigen Betrachtungen gescheitert. Sie enthielten entweder logische Fehler oder wären von falschen Begriffen ausgegangen.

II. Unvollkommenheit des juristischen Systems

1. Massgebende Rechtsgelehrte betonen in neuer Zeit immer wieder die Unvollkommenheit des rechtswissenschaftlichen Systems. So schreibt LIVER[2]: «Wie beim Gesetzgeber selber war im allgemeinen auch bei Vertretern der Wissenschaft vom kodifizierten Recht das Bewusstsein vorherrschend, dass das System, welches im Gesetz Ausdruck gefunden hat oder ihm zugrundeliegt, als vollständig und geschlossen gelten könne.

In meiner wissenschaftlichen Tätigkeit auf dem Gebiete des Sachenrechts bin ich immer wieder zur Erkenntnis gelangt, dass dies ein Irrtum sei und dass die Wissenschaft die Aufgabe habe, dieses System zu ergänzen, auszubauen und auch umzubauen, soweit dies als nötig sich erweise, um die Verwirklichung des Sinnes und Zweckes der einzelnen Bestimmungen und Institute bestmöglich zu gewährleisten.»

Ähnlich urteilt LARENZ[3]: «In Wahrheit, das wird heute niemand ernstlich noch bestreiten, geht die Rechnung mit einem ‚lückenlosen' *System der abstrakten Begriffe* nicht auf[4].»

2. Ist man einmal zu dieser Erkenntnis gelangt, so sollte es eigentlich nicht mehr schwerfallen, den Versuch zu wagen, das System gerade im Bereiche des Personenrechts zu ergänzen. Dass dieser Versuch einer Notwendigkeit entspricht, zeigen die unzähligen Abhandlungen über die rechtliche Natur des Mit- und Gesamteigentums. Grundsätzliche Bedenken gegen dieses Vorhaben dürfte es kaum geben, wenn man dadurch nicht zu Ergebnissen gelangt, die mit dem Willen des Gesetzgebers nicht vereinbart werden können[5]. Sollte sich jedoch die Möglichkeit besserer und einfacherer konstruktiver Erfassung des Miteigentums öffnen, so wäre der Versuch zumindest gerechtfertigt.

[2] Realobligation, 258 f.
[3] Methodenlehre, 422.
[4] Zum Problem der Systembildung vgl. auch MENGIARDI, Strukturprobleme, 51 ff, insbesondere 58 ff.
[5] Zu dieser Schranke der Systemkorrektur LIVER, Realobligation, 259 f.

III. Einseitige und mehrseitige Betrachtungsweise

1. Einseitige Betrachtungsweise

«Einheit ist Einheit, nichts als Einheit; insoweit sie gegeben ist, gibt es keine Vielheit mehr[6].» Das ist richtig. Aber es ist zumindest eine grobe Vereinfachung, Erscheinungen wie das gemeinschaftliche Eigentum nur entweder als Einheiten oder als Vielheiten zu qualifizieren. Eine solche Entweder-Oder-Betrachtungsweise bleibt in der Einseitigkeit stehen und ist, weil zuwenig differenziert, dem Verständnis dieser Institute nicht förderlich.

2. Mehrseitige Betrachtungsweise

a) Grundsätzliches

Jedes Ding kann von verschiedenen Seiten angegangen werden. Man kann die Frage, ob eine Personenverbindung zur Einheit fortgeschritten sei, von verschiedenen Standorten aus stellen. Man gelangt alsdann zur Erkenntnis, dass je nach dem Orte der Betrachtung die Antwort verschieden ausfallen kann. Aber selbst unter dem gleichen Gesichtspunkt kann eine Personenverbindung teils als Einheit, teils als Vielheit erkannt werden.

Es ist möglich, die gefundenen Resultate unter jedem Gesichtspunkt miteinander zu vergleichen und auf diese Weise so viele Reihen zu bilden, wie es Möglichkeiten der Betrachtung gibt. Aber man kann auch die Erscheinungen in ihrer Ganzheit beurteilen. Auch so ist die Aufstellung einer Reihe möglich. Auf der einen Seite steht die Vielheit, auf der anderen die Einheit. Dazwischen gibt es viele Stufen[7].

Eine solche differenzierte Betrachtungsweise hat Liver[8] im Bereiche der Personenverbindungen immer wieder gefordert: «Diese Personenverbindungen stehen in einer Stufenfolge, die von der Miteigentumsgemeinschaft über die Gesamthandsverhältnisse des ZGB und die Gesellschaften des OR ohne Rechtspersönlichkeit zu den juristischen Personen aufsteigt.» «Von Stufe zu Stufe erweitert sich die Kollektivsphäre, bis sie in der juristischen Person zur vollen Herrschaft gelangt. Dieses Verhältnis muss gesondert für die Vermögenszuständigkeit einerseits, für die Nutzung und Verwaltung andererseits betrachtet werden.»

[6] Kunz, 76.

[7] Zu dieser sogenannten ordnenden Betrachtungsweise und ihren Vorteilen Mengiardi, Strukturprobleme, 75 ff (mit weiterer Literaturangabe).

[8] Vgl. etwa Gemeinschaftliches Eigentum, 261 f.

In der jüngsten italienischen Rechtswissenschaft betont insbesondere BRANCA[9], mit Hinweisen auf das römische Recht[10], die Notwendigkeit dieser Betrachtungsweise: «Manca [den Personenverbindungen ohne Rechtspersönlichkeit] il riconoscimento da parte dello Stato e la *pienezza* [von mir hervorgehoben] della personalità giuridica astratta, *unitaria,* ma vi è in essa la personalità *collettiva*; perchè la loro capacità, alla pari di quella delle *civitates* romane, è *incompleta* [von mir hervorgehoben]: incompleta, ma non già inesistente; incompleta perchè non si riesce a perscendere *del tutto* [von mir hervorgehoben] dalla presenza dei membri del gruppo. La personalità è data dal loro *insieme,* che appunto, come dice la parola, si rivela in quella necessaria partecipazione di tutti al governo della cosa. Quanto più ci si avvicina alla concezione unitaria e perciò astratta (giacchè si perscende, si astrae dalla esistenza di più soggetti fisici) tanto maggiore è l'autonomia patrimoniale dell'ente e viceversa[11,12].»

b) Beispiele

Zur Verdeutlichung des Gesagten werden hier die Miteigentümer- und Stockwerkeigentümergemeinschaften von vier verschiedenen Standorten aus auf die Frage hin geprüft, ob Einheit oder Vielheit vorliege.

aa) Aussenverhältnis

Die Miteigentümergemeinschaft tritt nach aussen nicht als Einheit auf. Sie hat sich von den einzelnen Personen nicht lösen können.

Anders schon die Stockwerkeigentümergemeinschaft. Sie kann unter ihrem Namen klagen und betreiben sowie beklagt und betrieben werden, stellt also nach aussen eine Einheit dar (Art. 712 1 II ZGB)[13,14].

bb) Vermögensfähigkeit

Die Miteigentümergemeinschaft ist in keiner Weise vermögensfähig. «Vermögensträger» sind allein die Miteigentümer in ihrer Vielheit.

Die Stockwerkeigentümergemeinschaft kann hingegen unter ihrem eigenen Namen Vermögen, das sich aus *ihrer Verwaltungstätigkeit*[15] ergibt, erwerben (Art. 712 1 I ZGB); aber nur solches Vermögen, nicht Vermögen schlechthin[16].

In bezug auf die Vermögensfähigkeit ist also die Stockwerkeigentümergemeinschaft teils zur Einheit geführt, teils in der Vielheit belassen worden.

[9] Commentario III/2, 5 ff. Über seine Vorgänger vgl. GRASSO, 50, Anm. 56.
[10] BRANCA, a.a.O., 6 (mit weiterer Literaturangabe), 7 f.
[11] Ders., a.a.O., 7.
[12] Auf eine Stufenfolge gesellschaftlicher Gebilde hat auch WIELAND, KARL, Handelsrecht I, 427, hingewiesen.
[13] LIVER, Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, 192.
[14] Art. 712 1 ZGB ist dem Art. 562 OR nachgebildet: Botschaft, 1518.
[15] Insofern ist sie *handlungsfähig:* Marginale zu Art. 712 1 ZGB.
[16] Botschaft, 1492.

Insofern sie vermögensfähig ist, erscheint sie nach aussen wie die Kollektivgesellschaft[17]. Das ist von Belang für die Frage nach der

cc) Haftung

Die Miteigentümergemeinschaft ist nicht vermögensfähig und kann deshalb nicht als Haftungseinheit auftreten. Ihr fehlt ja jegliches Haftungssubstrat. Es haften die einzelnen Miteigentümer in ihrer Vielheit[18].

Den Gläubigern der Stockwerkeigentümergemeinschaft steht hingegen der Zugriff auf das Vermögen der Gemeinschaft offen. Insofern bildet sie eine Haftungseinheit. Das kleine, lediglich aus Verwaltungseinkünften gebildete Vermögen würde indessen den Gläubigern keine genügende Sicherheit bieten. Hinter der Gemeinschaft haften daher (anteilsmässig, nicht solidarisch[19]) auch die einzelnen Stockwerkeigentümer[20].

Auch in diesem Punkte ist die Stockwerkeigentümergemeinschaft teils Einheit, teils Vielheit; in der unter dem Gesichtspunkt der Haftung gebildeten Reihe der Personenverbindungen liegt sie zwischen der Miteigentümergemeinschaft einerseits (die keine Haftungseinheit bildet) und der Kollektivgesellschaft andererseits (deren Haftungseinheit einen grösseren Kreis von Vermögensobjekten umfasst).

dd) Willensbildung

Sowohl in der Miteigentümer- als auch in der Stockwerkeigentümergemeinschaft können viele tatsächliche und rechtliche Handlungen nur auf Grund eines einheitlichen, gemeinschaftlichen Willens rechtsgültig vorgenommen werden. Es sei hier beispielsweise an die Art. 647 b–648 und 712 g ZGB erinnert. Es ist der Bereich, der oft als *Kollektivsphäre* bezeichnet wird[21].

Dieser Wille wird in subtiler Interessenabwägung in verschiedener Art und Weise gebildet. Insbesondere hat das Mehrheitsprinzip sowohl in die Miteigentümer- als auch in die Stockwerkeigentümergemeinschaft Eingang gefunden. Dieses Willensbildungsprinzip gehört dem Recht der Körperschaften an. Die Ordnung, «nach welcher die zur Erreichung des Zweckes erforderlichen Anordnungen einheitlich und verbindlich für alle Mitglieder getroffen werden»[22], nennt man Organisation. Miteigentümer- und, in noch stärkerem Masse[23],

[17] Botschaft, 1518; Bolla, Bulletin StR, 220.
[18] Über Einzelheiten der Haftung Meier-Hayoz, N 78 ff zu Art. 646.
[19] Botschaft, 1518.
[20] Botschaft, 1518.
[21] Liver, Gemeinschaftliches Eigentum, 261; ders., Stockwerkeigentum, 68; Branca, Commentario III/2, 9 ff. Im Gegensatz zur Kollektivsphäre steht die Individualsphäre. Vgl. auch § 7 III 2 und 3.
[22] Burckhardt, Einführung, 121.
[23] Botschaft, 1491.

Stockwerkeigentümergemeinschaften haben deshalb körperschaftliche Organisationen[24]. Im Stockwerkeigentumsrecht ist subsidiär sogar das Vereinsrecht anwendbar (Art. 712 m II ZGB), und die Stockwerkeigentümergemeinschaft kann im Ausschuss (Art. 712 m I Ziff. 3 ZGB) gar ein eigentliches Organ[25] haben. Das geschichtliche Vorbild dieser Erscheinungen ist die Genossenschaft des alten deutschen Rechts[26] als eine Gesamthandschaft mit körperschaftlicher Nutzungs- und Verwaltungsordnung.

In bezug auf die Organisation liegen die hier ins Auge gefassten Gemeinschaften näher bei der juristischen Person als die Kollektivgesellschaft, deren Beschlüsse in der Regel die Zustimmung aller Gesellschafter erfordern (Art. 534 OR in Verb. mit Art. 557 II OR).

Aus dieser starken Betonung des körperschaftlichen Elements ergibt sich ohne weiteres die Verbindlichkeit der vereinbarten Nutzungs- und Verwaltungsordnung, der Verwaltungsbeschlüsse sowie der richterlichen Urteile und Verfügungen für den Rechtsnachfolger eines Miteigentümers (Art. 649 a ZGB), ohne dass auf die Figur der Realobligation gegriffen werden muss[27].

IV. Kollektive Einheiten

1. Die angeführten Beispiele haben gezeigt, dass sowohl die Mit- als auch die Stockwerkeigentümergemeinschaften in manchen Beziehungen von ihren Mitgliedern «abstrahiert» und zu neuen Einheiten zusammengefasst worden sind, ohne in ihrer Totalität diese Erscheinungsform anzunehmen. Was spricht jedoch dagegen – wenn nicht dogmatisch-systematische Gründe –, diese Gemeinschaften *auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtszuständigkeit als Einheiten zu erfassen,* ohne sie deshalb zur totalen Einheit zu führen? Das subjektive Recht erfordert auf der Subjektseite eine Einheit, aber keine die Gemeinschaft in ihrer Totalität erfassende. Dem subjektiven Recht genügt es, wenn ein Ge-

[24] Botschaft, 1491 ff; Liver, Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, 198 ff; ders., Besprechung von Müller, Kurt, Der Verwalter von Liegenschaften mit Stockwerkeigentum, Zürcher Diss. 1965, ZBJV *101* (1965) 308.

[25] Liver, Besprechung von Müller, Kurt, ZBJV *101* (1965) 308.

[26] Ders., Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, 199; Botschaft, 1492.

[27] Botschaft, 1494 ff, wo auf den Verein und auf die Genossenschaften des kantonalen Rechts i.S. von Art. 59 III ZGB hingewiesen wird; Liver, Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, 175 ff (mit weiterer Quellenangabe, insbesondere aus dem deutschen, französischen und italienischen Rechtskreis). Der Nutzungs- und Verwaltungsordnung wird auf Seite 170 der Charakter und die Wirkung eines *Statuts* zuerkannt.

Meier-Hayoz, N 11 zu Art. 649 a, scheint diesem Gedanken nicht völlig abgeneigt, befürwortet jedoch eher die realobligatorische Natur der Nutzungs- und Verwaltungsordnung: N 158 c des Systematischen Teils; wie Meier-Hayoz auch Müller, 46. Dagegen die Besprechung Livers in ZBJV *101* (1965) 308.

bilde *unter dem Gesichtspunkt der Rechtszuständigkeit* als Einheit begriffen wird. In anderen Beziehungen kann es in der Vielheit verharren.

2. Mit der Zuerkennung der Rechtssubjektivität an Gebilde, die keine juristischen Personen sind, wird das allgemein anerkannte System der Rechtssubjekte verlassen. Es bedarf der Korrektur. Rechtsfähig sind nicht nur Personen, sondern auch Rechtsgemeinschaften. Als solche haben Gemeinschaften zu gelten, denen ein Recht[28] zusteht, ohne dass sie den Grad von Intensität und Geschlossenheit aufweisen würden, der die juristische Person kennzeichnet. Die juristische Person kann und muss natürlich als besondere Kategorie der Rechtssubjekte beibehalten werden. Als juristische Person hat eine Erscheinung zu gelten, die in ihrer *Gesamtheit* zur Einheit geführt worden ist[29]. Daneben stehen Gebilde, die nur *teilweise* von den einzelnen Mitgliedern «abstrahiert» wurden, jedoch *stets in bezug auf die Rechtszuständigkeit*. In dieser Hinsicht bilden sie Einheiten.

Neben die natürlichen und juristischen Personen tritt eine *dritte Art* von rechtsfähigen Gebilden: «In parole povere, c'è qui un *tertium genus* nè persona fisica nè persona giuridica astratta; ma una collettività organizzata, o persona giuridica *collettiva*, la cui capacità come tale è minore di quella d'un ente morale[30].» Man kann diese Gebilde, in Anlehnung an GIERKE[31], *kollektive Einheiten* nennen. Mit dieser Kennzeichnung wird ihre Zwitternatur zutreffend zum Ausdruck gebracht.

3. Bearbeiter des Mit- und Gesamteigentums haben schon oft auf die Rechtsfähigkeit dieser Gemeinschaften hingewiesen[32]. Ihnen blieb jedoch die

[28] Nicht nur ein Eigentumsrecht. Auch andere Rechte können einer Gemeinschaft zustehen: MEIER-HAYOZ, N 2 der Vorbem. zu den Art. 646–654. Die Regeln über das Mit- und Gesamteigentum sind dann, je nach der Natur der Gemeinschaft, per analogiam heranzuziehen: MEIER-HAYOZ, N 2 c, N 11, N 14 der Vorbem. zu den Art. 646–654.

Das deutsche BGB unterwirft allgemein ein *Recht*, das mehreren nach Bruchteilen zusteht, den Regeln der §§ 741 ff. Ebenso stehen die §§ 825 ff des österreichischen ABGB unter dem Titel «Von der Gemeinschaft des Eigentums *und anderer dinglichen Rechte*». Die comunione (art. 1100 ff) des italienischen Codice civile umfasst «la proprietà *o altro diritto reale*» (art. 1100 Ccit).

[29] Welche Gebilde diese Eigenschaft aufweisen, steht in der schweizerischen Rechtswissenschaft allgemein fest. Immerhin ist zu bemerken, dass auch im Rechte der juristischen Personen die einzelnen Mitglieder nicht immer im neuen Gebilde aufgegangen sind. Das zeigt sich insbesondere in der persönlichen Haftung: Art. 764 I OR (Kommanditaktiengesellschaft); Art. 772 II und Art. 802 OR (GmbH); Art. 869 und Art. 870 OR (Genossenschaft).

[30] BRANCA, Commentario III/2, 7. Auch PESCATORE/ALBANO/GRECO, Commentario III/3, 10 f, 153 ff, ist, wenn auch nicht in gleicher Art und Weise wie BRANCA, ein Anhänger der «kollektivistischen» Theorie.

[31] Deutsches Privatrecht I, 661.

[32] Nebst anderen v. SEELER, Miteigentum nach römischem Recht, 2; SÄNGER, 50; OPPIKOFER, 5. In jüngster Zeit hat insbesondere FABRICIUS auf die Subjektivität vieler Gebilde hingewiesen. LUZZATTO, 25; RAMPONI, La comunione di proprietà, in Diritto civile italiano, Napoli 1903, 6 ff (zitiert bei LUZZATTO, 32); NATOLI, 193 ff; BRANCA, Istituzioni, 273 f; ders., Commentario III/2, 5 ff.

Auch der österreichische Gesetzgeber scheint an eine «moralische Person» gedacht zu haben: KLANG, N 2 a zu § 828. § 828 ABGB: «Solange alle Teilhaber einverstanden sind,

allgemeine Anerkennung verwehrt, weil ihre Auffassung mit dem überlieferten System nicht in Einklang zu bringen war.

Der Sache nach hat schon GIERKE der Gemeinschaft zur gesamten Hand Rechtsfähigkeit zuerkannt. Zwar hat er wiederholt den Unterschied zwischen der juristischen Person mit einheitlichem *Gesamtwillen* und der Gesamthandgemeinschaft als einem *Rechtsverhältnis*[33] mit einem vom Gesamtwillen durchaus verschiedenen *Kollektivwillen* betont[34]. Trotzdem «sind die Gemeinder in ihrer Verbundenheit zur Personeneinheit das Subjekt einer ungeteilten Sachherrschaft»[35], die bald auch von einem *einheitlichen Gesamtwillen* beherrscht wird[36]. Die Personenmehrheit erscheint als *rechts-* und *handlungsfähige Kollektiveinheit*[37]. Damit hat GIERKE, auch wenn er Anhänger der dualistischen Lehre war, wenigstens im Bereiche der Gesamthandschaften[38] die systematische Zwangsjacke abgestreift und so das Verständnis für diese Erscheinungen mächtig gefördert[39].

§ 6 Quote (Bruchteil)

I. Kein Recht

Begriffliche Klarheit fordert eine Scheidung zwischen Quote und Anteil. Diese wird nicht immer mit wünschenswerter Schärfe durchgeführt[1,2]. Der Anteil ist ein subjektives Recht[3]. Die Quote (der Bruchteil) ist kein Recht.

II. Kein Wert, sondern Verhältniszahl

Der Inhaber eines Vermögensrechts (Eigentum und Anteil gehören dazu) hat die Möglichkeit, durch dessen Betätigung wirtschaftlichen Nutzen daraus zu ziehen. Aus diesem möglichen Nutzen ergibt sich, in Geld ausgedrückt, der

stellen sie nur eine Person vor, und haben das Recht, mit der gemeinschaftlichen Sache nach Belieben zu schalten.» Das Bild der Personeneinheit ist jedoch, nach KLANG, a.a.O., irreführend. Immerhin bestreitet er nicht «eine gewisse Annäherung» der Miteigentümergemeinschaft an die juristische Person.

[33] Deutsches Privatrecht I, 660.

[34] Genossenschaftstheorie, 340 ff; ders., Genossenschaftsrecht II, 155, III, 243.

[35] Deutsches Privatrecht II, 389.

[36] Deutsches Privatrecht I, 664, 687.

[37] Deutsches Privatrecht I, 661.

[38] In bezug auf das Miteigentum hat er eine andere Auffassung vertreten. Dazu § 1 am Ende und Anm. 15 des § 1.

[39] Über die Entwicklung der GIERKEschen Auffassung LARENZ, Rechtsgemeinschaft, 147 ff.

[1] Das ist auch ein Mangel in den sonst trefflichen Ausführungen von BRINZ, Pandekten I, 476 ff.

[2] Verschiedene Auffassungen bei MEIER-HAYOZ, N 27 zu Art. 646.

[3] § 4 III.

Wert des Rechts. Dem alleinigen Rechtsinhaber kommt auch der volle Wert zu, während in der Rechtsgemeinschaft mehrere Subjekte sich in den Nutzungen zu teilen haben. Die Quote spielt dabei die Rolle des zahlenmässigen «Verteilers»; sie fixiert zahlenmässig das *Wertverhältnis*[4] zwischen dem Anteil und dem Eigentum. Sie ist indessen nicht selbst ein Wert, denn keine Bruchzahl kann als solche einen Wert haben. Die dem jeweiligen Miteigentümer zufliessenden Nutzungen (und somit der ihm zukommende Wert) ergeben sich aus dem *Anteil*. Während die Quote in der Regel konstant bleibt, ist der Wert durchaus Schwankungen unterworfen. Die Quoten sind arithmetischer Ausdruck der den jeweiligen Miteigentümern zugeordneten Nutzungen; die Anteile umschreiben die rechtliche und somit konkrete Situation dieser abstrakt-zahlenmässigen Fixierung[5].

Es fällt auf, dass die Quote mit der Aktie im engeren Sinne, als Verhältniszahl, als Quote des Grundkapitals[6], durchaus verwandt ist.

III. Keine Angabe über die Nutzungsart

Die Quote sagt auch nichts darüber aus, in welcher Art und Weise der einzelne Miteigentümer seinen Nutzen ziehen kann: «Il concetto della ‚quota' è puramente astratto: bisogna dunque concretizzarlo in armonia con le circonstanze variabilissime relative alle persone dei singoli partecipanti (cioè le loro esigenze personali) o alla cosa (cioè la sua identità fisica e la sua utilizzabilità)[7].» Diese «konkretisierende Aufgabe» übernimmt der Anteil.

§ 7 Anteil

I. Begriff

Mit dem Ausdruck «Anteil» werden verschiedene Vorstellungen verbunden. In dieser Arbeit wurde er definiert als Inbegriff der jedem Miteigentümer zukommenden Befugnisse[1]. Aber manche Autoren zählen die jeden Beteiligten treffenden Pflichten ebenfalls zum Begriffsinhalt[2].

[4] Wieland, Karl, Handelsrecht I, 605; Cosack/Mitteis, Lehrbuch II/2, 62; Barbero, Sistema I, 851; vgl. auch Meier-Hayoz, N 27 zu Art. 646.
[5] Barbero, a.a.O., 851; Barassi, Proprietà e comproprietà, 691 f.
[6] v. Steiger, 18 f; Schucany, N 4 zu Art. 620; Siegwart, N 19 ff zu Art. 620 und N 14 zu Art. 622.
[7] Barassi, Proprietà e comproprietà, 692.
[1] § 4 III 1.
[2] Anm. 26 des § 4.

Beide Begriffe haben ihren praktischen und wissenschaftlichen Wert.

Ist von der *Belastung* des Anteils die Rede, so ist es ungenau und wenig sinnvoll, die Pflichten des einzelnen Miteigentümers im Begriffe mit zu berücksichtigen, denn Pflichten können nicht belastet werden. Diesen von den Pflichten «gesäuberten» Begriff kann man als Anteil im engeren Sinne bezeichnen.

Wenn hingegen ein Anteil veräussert wird, so tritt der Erwerber kraft Singularsukzession in die *gesamte* Rechtstellung seines Vorgängers ein (Art. 649 a ZGB). Dann ist es sinnvoll und zutreffend, mit dem Ausdruck «Anteil» auch die jeden Miteigentümer treffenden Pflichten mit zu begreifen. Dieser Begriff kann als Anteil im weiteren Sinne bezeichnet werden.

Welcher Anteilsbegriff im Einzelfalle herangezogen werden muss, ergibt sich aus der zu lösenden Aufgabe. Daher wird in dieser Arbeit der Begriff des Anteils im engeren Sinne verwendet.

II. Mitgliedschaftsrecht

Wenn man das Eigentumsrecht der körperschaftlich organisierten Miteigentümergemeinschaft als solcher zuspricht, so liegt der Gedanke nahe, den Anteil mit dem Mitgliedschaftsrecht zu vergleichen und ihm gleichzusetzen. Diesen Schritt haben denn auch schon SÄNGER[3] und KLAUSING[4] gewagt. Aber auch v. TUHR[5] gestand, zumindest in bezug auf Gesamthandschaften, ein, dass «der Komplex von Rechten und Pflichten des Vereinsmitglieds» eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Anteil eines Teilhabers an einem Gesamthandvermögen aufweise. Und auch das Bundesgericht hebt in BGE *94* II 21[6], allerdings in nicht sehr eindeutiger Formulierung, hervor, dass das revidierte Miteigentum einen «gesellschaftlichen Einschlag» habe. Schliesslich betont LARENZ[7], der im übrigen eine von unserer Auffassung abweichende Theorie vertritt[8], dass «die Stellung des Teilhabers einer Personenverbindung ... ein mitgliedschaftsähnliches Verhältnis» sei. Diese Stellung werde durch *sozialrechtliche Normen* näher bestimmt, «die die Beteiligung mehrerer Personen an einem gemeinschaftlichen Rechtskreise und an der zur Wahrnehmung ihrer gemeinsamen Interessen erforderlichen gemeinschaftlichen Willensbildung regeln»[9]. Vergleicht man diese Aussage mit den Theorien über die einzelnen Arten der Mit-

[3] 109 f.
[4] Uneinheitliche Ausübung mehrerer Stimmen durch Einzelpersonen und Personenverbände, 171 (zitiert bei LARENZ, Rechtsgemeinschaft, 141, Anm. 1).
[5] Allgemeiner Teil des BGB I, 542, Anm. 1.
[6] Dazu die Besprechung LIVERS, ZBJV *106* (1970) 54 f.
[7] Rechtsgemeinschaft, 143.
[8] A.a.O., 113 ff. Zusammenfassung auf Seite 134.
[9] A.a.O., 142 f.

gliedschaftsbefugnisse, so stellt man in der Tat eine verblüffende Ähnlichkeit fest. HEINI[10] teilt die Mitgliedschaftsbefugnisse in Mitverwaltungs-, Benutzungs- und Schutzbefugnisse ein. Die Befugnisse, die die Beteiligung an dem gemeinschaftlichen Rechtskreis ordnen, können in die Kategorie der Benutzungsbefugnisse, die Befugnisse, die die gemeinsame Willensbildung regeln, in jene der Mitverwaltungsbefugnisse eingereiht werden[11].

Man wird einwenden, die Mitgliedschaft begründe ein Rechtsverhältnis zwischen Mitglied und juristischer Person[12]. Demzufolge dürfe der Anteil nicht mit dem Mitgliedschaftsrecht gleichgesetzt werden. Allein dieser Einwand verfängt nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung über die Miteigentümer- und Stockwerkeigentümergemeinschaften nicht. Sie sind kollektive Einheiten und besitzen als solche, auch was die Mitgliedschaftsbefugnisse betrifft, die gleiche Fähigkeit wie juristische Personen, Rechtsträger zu sein. So ist denn auch MÜLLER-ERZBACH[13] in seiner umfassenden Darstellung des Mitgliedschaftsrechts zum Ergebnis gelangt, dass die Mitgliedschaft zu einem rechtsfähigen Verband sich nicht wesentlich von derjenigen zu einem (seiner Ansicht nach) nichtrechtsfähigen Gebilde unterscheide.

III. Beispiele

1. Es wird hier (beispielsweise) versucht, einzelne gesetzliche Befugnisse des Mit- und Stockwerkeigentümers in die von HEINI gebildeten Kategorien einzuordnen. In Einzelfällen kann es dabei hier so gut wie im Recht der juristischen Personen zweifelhaft sein, wo eine Befugnis hingehört[14].

2. Zu den *Mitverwaltungsbefugnissen* (auch Mitbestimmungs- oder Mitwirkungsbefugnisse genannt) können insbesondere die in den Art. 647 a–647 e ZGB enthaltenen Befugnisse gezählt werden. Sie regeln die Verwaltung der Sache, insbesondere die Willensbildung für verschiedenartige Verwaltungshandlungen und bauliche Massnahmen. Ebensogut können auch andere Bestimmungen, die das Zustandekommen eines einheitlichen Willens zum Gegenstand haben, wie etwa Art. 648 II ZGB (Veräusserung und Belastung der

[10] 544. Auf derselben Seite, Anm. 22, andere, von anderen Autoren vorgenommene Einteilungen.
Die mitgliedschaftlichen Rechte werden besonders ausführlich behandelt von MÜLLER-ERZBACH, 207 ff und die Kapitel 26–44.

[11] Diese zwei Kategorien von Anteilsbefugnissen findet man auch bei GRASSO, 39 f. Eine dritte Gruppe bildet für ihn «l'aspettativa di una situazione giuridica diversa, che potrà o non realizzarsi se e quando cesserà il rapporto di contitolarità».

[12] HEINI, 541.

[13] 203, 410 ff.

[14] Für Einzelheiten und Spezialliteratur wird auf HEINI, 544 ff, verwiesen.

Sache) oder Art. 649 b II 2. Hälfte (Ausschluss aus der Gemeinschaft), in diese Kategorie eingereiht werden.

3. Die *Benutzungsbefugnisse*[15] ergeben sich aus der Nutzungsordnung. Diese ist im Miteigentumsrecht sehr allgemein gehalten: «Jeder Miteigentümer ist befugt, die Sache insoweit zu ... gebrauchen und zu nutzen, als es mit den Rechten der anderen verträglich ist» (Art. 648 I ZGB). Diese allgemeine Formel ist indessen nicht als gesetzlicher Mangel zu qualifizieren. Durch ihre Elastizität ermöglicht sie eine Anpassung der Benutzungsweise an die jeweiligen Interessen der Miteigentümer[16].

Im Stockwerkeigentum hat die Nutzungs- und Verwaltungsordnung eine bedeutend stärkere gesetzliche Fixierung erfahren. Jeder Stockwerkeigentümer erhält «das Sonderrecht, bestimmte Teile eines Gebäudes ausschliesslich zu benutzen und innen auszubauen» (Art. 712 a ZGB). Dieses Sonderrecht ist jedoch nichts ausserhalb des Anteils Liegendes, tritt nicht neben den Anteil, wird nicht mit ihm «verbunden», wie FRIEDRICH[17] lehrt, sondern ist, bezüglich der wichtigsten Nutzungsbefugnisse, der Anteil selbst in seiner besonderen Ausgestaltung.

Den Bereich, der vom Einzelwillen eines jeden Miteigentümers beherrscht wird, kann man als *Individualsphäre* bezeichnen.

4. Die *Schutzbefugnisse*[18] gewährleisten dem Mitglied ganz allgemein die Rechtmässigkeit des korporativen Lebens[19]. Zu diesen ist insbesondere Art. 712 m II ZGB zu zählen, der die Anfechtung von Beschlüssen der Versammlung der Stockwerkeigentümer nach Vereinsrecht vorsieht (Art. 75 ZGB)[20].

5. An die Seite der genannten Befugnisse treten noch rein *obligatorische Ansprüche,* wie beispielsweise die Ersatzforderung des Miteigentümers gegen die anderen für Ausgaben, die er über seine Quote hinaus getragen hat (Art. 649 II ZGB).

IV. Hinweis auf andere Konstruktionsversuche

1. Dingliches Recht

Mit den Römern haben viele Juristen nie daran gezweifelt, dass der Miteigentümer eigentlicher Eigentümer sei[21]. Zu ihnen sind all jene zu zählen, die

[15] HEINI, 546 f; MÜLLER-ERZBACH, 255 ff.
[16] § 6 III.
[17] Reglement, Seite 40, N 5 und N 7; N 23 zu § 47; ders., Stockwerkeigentum und Grundbuch, 326.
[18] Dazu HEINI, 547 ff.
[19] Ders., 548 f.
[20] Über die Anfechtung von Organbeschlüssen HEINI, 549 f.
[21] BRANCA, Commentario III/2, 2.

das Eigentumsrecht teilen[22], dieses mehreren Subjekten zusprechen[23] oder die ideelle Quote zum Eigentumsobjekt[24] erklären. Für sie ist es selbstverständlich, die sachbezogene Stellung des einzelnen Miteigentümers als dingliches Recht zu begreifen. Aber auch für BRANCA[25], der das Eigentumsrecht mit der Gemeinschaft als solcher in Beziehung setzt[26], ist das Miteigentumsrecht ein dingliches Recht sui generis[27].

Das Wesen der dinglichen Rechte liegt in der *Unmittelbarkeit* der Sachherrschaft[28]. Unmittelbare Sachherrschaft besitzt jener, der unabhängig von irgendeinem fremden Willen auf die Sache einwirken kann[29]. Wo immer diese Einwirkungsbefugnis von einem fremden Willen abgeleitet wird, kann definitionsgemäss kein dingliches Recht vorliegen. Die *Folge* der Unmittelbarkeit ist die *absolute* Wirkung dieser Rechte[30]. Das wird mitunter verkannt, so dass letztere zum Wesensmerkmal dinglicher Rechte erklärt wird. Diesem Irrtum verfällt auch ENGLÄNDER[31], der in der Folge auch zu merkwürdigen Ergebnissen gelangt[32].

Trifft die Voraussetzung der Unmittelbarkeit auf die Benutzungsbefugnisse zu?

Steht mehreren Personen eine Sache nach den Miteigentumsregeln zu, so folgt daraus zunächst nur, dass jedem Beteiligten ein bestimmter Bruchteil des im Recht enthaltenen Nutzgehaltes in irgendeiner Form zufliessen muss. Das und nichts Weiteres steht fest[33]. Erst aus der gesetzlichen, insbesondere aber auch aus der vereinbarten Nutzungs- und Verwaltungsordnung, die im Stockwerkeigentumsrecht «Reglement» (Art. 712 g III ZGB) genannt wird, er-

[22] § 3, insbesondere Anm. 3 des § 3.
[23] § 4, insbesondere Anm. 3 des § 4.
[24] § 1, insbesondere Anm. 4, 5 und 8 des § 1.
[25] Commentario III/2, 11 f.
[26] § 5 III 2 a, Anm. 9 des § 5; § 5 IV 2, Anm. 30 des § 5.
[27] BRANCA, Istituzioni, 273 f.
[28] LIVER, N 2 der Einleitung; MEIER-HAYOZ, N 131 des Systematischen Teils.
[29] LIVER, N 2 der Einleitung; MEIER-HAYOZ, N 131 des Systematischen Teils.
[30] LIVER, N 3 der Einleitung; MEIER-HAYOZ, N 131 (am Ende) des Systematischen Teils.
[31] 209 ff.
[32] 210, Anm. 392: «Man könnte auch daran denken, von ‚quasi-absoluten', ‚beschränkt absoluten' und schliesslich von ‚relativ absoluten' Befugnissen zu sprechen, sofern die betreffenden Rechte, trotz ihrer anscheinend obligatorischen Form, in Wahrheit den Charakter des gegenständlichen, dinglichen Anteilrechts teilen, aber eben nur gegen einen engeren Personenkreis, die anderen Teilhaber, gerichtet sind, nur beschränkt, relativ wirken... Man erkennt dabei, dass bei einem ganz engen Kreise von Gemeinschaftern (z. B. bei zwei oder drei Miteigentümern) diese inneren, auf ordnungsmässige Ausübung des ganzen Rechtsinhalts gerichteten Befugnisse in der Tat die Natur (oder jedenfalls nahezu die Natur) gegenseitiger obligatorischer Rechte haben, dass sie aber, je grösser der Kreis der Gemeinschafter wird, um so mehr den Charakter der Obligation verlieren und dass dann der Gedanke beschränkt oder relativ dinglicher, gegenständlicher Befugnisse verständlich wird.» Obligatorische Rechte sollten sich demnach zu dinglichen steigern lassen!
[33] WIELAND, KARL, Handelsrecht I, 605; v. SEELER, Miteigentum nach römischem Recht, 2; § 6 II und III.

hält ein jeder bestimmte, seinen Anteil ausmachende Befugnisse[34]. Nutzungs- und Verwaltungsordnung werden jedoch *rechtsgeschäftlich* begründet. Der rechtsgeschäftliche Wille wird zwar oft durch den gesetzgeberischen ersetzt, was aber an der grundsätzlichen Überlegung nichts ändert.

Diese Gedanken zeigen, dass der Miteigentümer seine Befugnisse nicht unmittelbar, sondern stets nur auf Grund eines (ausdrücklichen oder konkludenten) Rechtsgeschäftes ausüben darf. Seine sachbezogene Stellung kann demnach nicht dinglichen Charakters sein.

2. Obligatorische Rechte

Es ist schon geltend gemacht worden, der Anteil bestehe aus einem Komplex von Obligationen, die allen Mitbeteiligten zugunsten eines jeden andern eine Duldungspflicht auferlegen[35]. Aber von einem Dulden kann richtigerweise nur gesprochen werden, wenn der Verpflichtete eine Einwirkung in seinen *eigenen Rechtskreis* gestatten muss[36]. Durch die Nutzungs- und Verwaltungsordnung wird indessen niemand belastet. Sie weist nur in bestimmter, konkreter Form jedem das zu, was ihm kraft seiner Zugehörigkeit zur Gemeinschaft gebührt[37].

V. Dingliche Verteidigungsmittel

Durch Gesetzgebung, Praxis und Wissenschaft ist die Stellung des einzelnen Miteigentümers stark derjenigen eines Eigentümers angenähert worden. Das zeigt sich insbesondere in den dinglichen Verteidigungsmitteln.

Zunächst stehen jedem Miteigentümer bezüglich seines Anteils die an das Eigentum und an den Besitz geknüpften Klagen gegen jeden Dritten (auch gegen die anderen Mitbeteiligten) zu[38]. Es ist insbesondere an die actio negatoria partis und an die vindicatio partis, an die Besitzesrechtsklage und an die Klagen wegen Besitzesentziehung und Besitzesstörung zu denken. Die Zusprechung der *Eigentumsklagen* an den einzelnen Miteigentümer beruht offensichtlich auf der Annahme, das Miteigentumsrecht sei ein eigentliches Eigentumsrecht. Diese Voraussetzung trifft indessen nicht zu, und so lassen sich denn die

[34] Vgl. die in Anm. 33 hiervor zitierten Autoren und die Anteilsumschreibung Livers in Anm. 26 des § 4.

[35] v. Seeler, Miteigentum nach römischem Recht, 2, 13 f. Er vergleicht die Stellung des Miteigentümers mit derjenigen eines Pächters; Wieland, Karl, Handelsrecht I, 605 f.

[36] Larenz, Rechtsgemeinschaft, 137.

[37] Über die Lehre Bärmanns, der das Stockwerkeigentum als «dreigliedrige Einheit» begreift, worunter «die wechselseitige akzessorische Verbundenheit von Sondereigentum, Miteigentumsanteil und verdinglichtem Mitgliedschaftsrecht zu verstehen ist», vgl. Wohnungseigentum, 113 ff, insbesondere 119 f; ders., WEG, 72–179.

[38] Meier-Hayoz, N 64 zu Art. 646.

Eigentumsklagen in Ansehung des Anteils nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung *dogmatisch* auch nicht rechtfertigen. In der *Praxis* haben sie sich jedoch bewährt, so dass es auch keine absolut zwingenden Gründe gibt, sie nunmehr dem Miteigentümer abzusprechen[39].

Eine eigentümliche Stellung erhält jedoch der Miteigentümer erst auf Grund des Art. 648 I ZGB: «Jeder Miteigentümer ist befugt, die Sache insoweit zu vertreten..., als es mit den Rechten der anderen verträglich ist.» Der Ausdruck «vertreten» ist hier nicht im juristisch-technischen Sinn verwendet[40]. Er besagt, dass jeder Beteiligte berechtigt ist, «die gemeinsamen Interessen in Ansehung der ganzen Sache zu wahren (...), also insbesondere gewisse aus dem Eigentum fliessende Ansprüche aussergerichtlich, vor Gerichten oder vor Verwaltungsbehörden geltend zu machen»[41]. Vor allem ist hier an die actio negatoria und an die rei vindicatio bezüglich der ganzen Sache zu denken[42]. Diese Möglichkeit scheint der Konstruktion, nach welcher das Eigentumsrecht der Gemeinschaft als solcher zugesprochen wird, den Todesstoss zu versetzen. Allein der Miteigentümer macht mit diesen Mitteln nicht sein eigenes Recht geltend. Art. 648 I ZGB gewährt, nicht anders als § 1011 BGB, «dem einzelnen nicht mehr, als die Befugnis, unabhängig von seinen Genossen den gemeinschaftlichen Anspruch geltend zu machen»[43]. Wie sollte es sonst verständlich sein, dass in *Passivprozessen,* die den gleichen Streitgegenstand betreffen, nur alle gemeinsam als notwendige Streitgenossen auftreten können[44]? Der Miteigentümer, dem, wie bereits hervorgehoben, das Gemeinschaftsrecht *nicht* zusteht, ist als Drittperson befugt, aus besonderen, hier nicht weiter zu verfolgenden Gründen anstelle der materiell Berechtigten den Prozess als Partei zu führen. Diese Erscheinung nennt man Prozessstandschaft[45]. Richtiger Ansicht nach, die in der prozessualen Lehre Deutschlands herrschend ist[46], führt der Miteigentümer Aktivprozesse auf Grund des Art. 648 I ZGB im eigenen Namen und als Partei in Prozessstandschaft.

[39] Fabricius, 144.

[40] Meier-Hayoz, N 3 zu Art. 648; Haab, N 2 zu Art. 648; Leemann, N 12 zu Art. 648; vgl. auch den französischen Text: «Chaque copropriétaire peut *veiller* [nicht représenter] aux intérêts communs...»

[41] Meier-Hayoz, N 3 zu Art. 648; vgl. auch die in Anm. 40 hiervor zitierte Literatur.

[42] Vgl. die in Anm. 40 hiervor angegebene Literatur; zudem Botschaft, 1508.

[43] Blomeyer, 391.

[44] Meier-Hayoz, N 70 zu Art. 646; Haab, N 2 zu Art. 648.

[45] Guldener, 176.

[46] Blomeyer, 391, 402.

2. Kapitel: Belastung der Anteile

§ 8 Methodische Vorbemerkungen

I. Mehrseitige Betrachtungsweise

Beschränkte dingliche Rechte sind nach ihrer ursprünglichen und eigentlichen Bestimmung Rechte an Sachen. Die Besonderheit dieses Gegenstandes ist nicht ohne Einfluss geblieben auf die durch die Wissenschaft im Laufe der Jahrhunderte vorangetriebene Entwicklung von bestimmten Grundsätzen, die teils in die Gesetze eingegangen sind, teils in der Rechtsprechung ihren Niederschlag gefunden haben, oder die von der Lehre als Erbe verwaltet werden.

Der Anteil ist aber ein ganz besonderer Belastungsgegenstand. Seine Gestalt ist nicht von derselben Abgegrenztheit wie jene körperlicher Dinge und sein Leben nicht von gleicher Dauerhaftigkeit. Auf diese vom Standpunkt der Belastung aus gesehen ungünstigen Eigenschaften sind die gerade erwähnten Grundsätze gar nicht zugeschnitten.

Zudem tritt dem Verhältnis ein ganz neues Element bei: die Gemeinschaft; und zwar nicht die Gemeinschaft des Eigentümers und des Inhabers des beschränkten dinglichen Rechts, sondern die Gemeinschaft der Miteigentümer. Diese, wie übrigens alle Gemeinschaftsformen, ist nur dann lebensfähig, wenn die Reibungsflächen zwischen den einzelnen Gliedern möglichst klein gehalten werden; ein Anliegen, dem unser Gesetzgeber grosse Sorgfalt hat angedeihen lassen[1].

Die nur angedeuteten Besonderheiten stehen zum Teil in einem antinomischen Verhältnis zueinander. Nur wenn und wo es gelingt, diese Spannungen aufzulösen, ist gegen die Anteilsbelastung nichts einzuwenden. Stehen hingegen verschiedene Grundsätze in unversöhnlichem Widerstreit zueinander, so ist durch Interessenabwägung dem einen der Vorgang zu geben, während der andere (und das damit verbundene Institut) fallengelassen werden muss.

Das Problem muss also von verschiedenen Seiten angegangen werden. Es gilt, die Eigenart des Anteils mit jener der verschiedenen beschränkten dinglichen Rechte zu versöhnen, die Grundbuchprinzipien zu erfüllen und schliesslich den Gemeinschaftsgedanken nicht zu verletzen.

Ich werde, um unnötige Wiederholungen zu vermeiden, nicht jeden Typus beschränkter dinglicher Rechte unter all diesen Gesichtspunkten durchdenken, sondern verfahre umgekehrt: Ich untersuche aus einem bestimmten Blickwin-

[1] Vgl. die Ausführungen in der Botschaft, 1480 ff.

kel die möglichen Anteilsbelastungen und ihre Voraussetzungen und scheide die unmöglichen aus. Am Ende wird sich zeigen, was in diesem mehrfachen Sieb Durchlass gefunden hat.

II. Die zu untersuchenden Typen beschränkter dinglicher Rechte

1. Die beschränkten dinglichen Rechte des Sachenrechts sind die Dienstbarkeiten, die Grundlasten und die Pfandrechte[2].

Für die Betrachtungen in diesem Kapitel ist eine weitere Zergliederung der Pfandrechte in die einzelnen Arten und der Grundlasten in Real- und Personalgrundlasten nicht geboten, weil diese Unterabteilungen nach Kriterien gebildet sind, die die passive Seite des Verhältnisses, also das belastete Objekt, unberührt lassen. Hingegen ist eine Trennung der Grundlasten, deren Leistungsinhalte sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstücks ergeben, von allen anderen Grundlasten vonnöten.

Der dem ZGB eigene Begriff der Dienstbarkeiten umschliesst eine Reihe verschiedenartiger Gebilde[3]. Von den persönlichen Dienstbarkeiten müssen Nutzniessung, Wohnrecht und, wegen seiner inhaltlichen Besonderheit, auch das zu den irregulären Personaldienstbarkeiten gehörende Baurecht (im Sinne des Art. 779 ff ZGB) einzeln ins Auge gefasst werden, während das Quellenrecht (im Sinne des Art. 780 ZGB) und die «anderen Dienstbarkeiten» des Art. 781 ZGB sich nur auf der aktiven Seite des Verhältnisses, also hinsichtlich des berechtigten Subjektes, von den Grunddienstbarkeiten unterscheiden[4]. Was also über die Grunddienstbarkeiten gesagt wird, gilt grundsätzlich auch für die inhaltlich ihnen entsprechenden Personaldienstbarkeiten und für das Quellenrecht.

2. Auf bewegliche Sachen und auf Rechte, die im Rechtsverkehr nicht wie Grundstücke behandelt werden (Art. 655 ZGB), können nur Nutzniessung und Pfandrecht gelegt werden[5], so dass auch Anteile an diesen Gegenständen nur diesen Belastungen zugänglich sind. Naturgemäss beziehen sich denn auch nur die Gedanken zu diesen besonderen Rechtstypen auf die hier genannten Objekte. Auf Unterschiede zwischen Fahrnis- und Rechtsbelastung einerseits, Grundstücksbelastung andererseits trete ich jedoch nicht ein, da es ja in dieser Arbeit hauptsächlich um die Frage geht, welche Lasten und unter welchen Voraussetzungen diese auf Anteile gelegt werden können.

[2] Liver, N 5 der Einleitung.
[3] Über die Einteilung der Dienstbarkeiten Liver, N 59 f der Einleitung.
[4] Liver, N 60 und N 65 der Einleitung (mit weiterer Quellenangabe).
[5] Liver, N 17 der Einleitung.

§ 9 Belastungsobjekt

I. Gesetzliche und theoretische Grundlagen der dinglichen Belastung von Rechten

1. Art. 646 III ZGB spricht jedem Miteigentümer für seinen Anteil die Rechte und Pflichten eines Eigentümers zu. Diese gesetzliche Norm ist zu weit gefasst, denn der Anteil ist kein Eigentumsrecht. Immerhin bejaht sie positivrechtlich die Frage, ob – grundsätzlich – auf Anteile beschränkte dingliche Rechte gelegt werden können[1]. Ein Miteigentumsanteil (und somit auch die StWE) ist, wenn nicht theoretische Überlegungen oder irgendwelche Rechtsprinzipien entgegenstehen, belastbar.

2. Der Miteigentumsanteil ist ein Recht. In der gemeinrechtlichen Doktrin war die Frage nach der dinglichen Belastbarkeit von Rechten kontrovers[2]. Unsere Rechtsordnung hat indessen diese Streitfrage in positiver Weise entschieden. Pfandrechte können auf Forderungen und andere Rechte gelegt (Art. 899 ff ZGB), Nutzniessungen an Rechten bestellt werden (Art. 745 I, Art. 773 ff ZGB).

Interessante Möglichkeiten, Rechte dinglich zu belasten, ergeben sich indessen erst durch die Aufnahme von selbständigen und dauernden Rechten (Art. 655 II Ziff. 2 ZGB) ins Grundbuch (Art. 943 I Ziff. 2 ZGB). Durch diese Buchoperation werden diese Rechte im Rechtsverkehr den Grundstücken gleichgestellt[3]. Somit können zu ihren Lasten Pfandrechte, Grundlasten und Dienstbarkeiten errichtet werden[4]. Ein Baurecht kann beispielsweise mit einem Unterbaurecht[5] oder mit einem Bauverbot, ein Quellenrecht mit einem anderen Quellenrecht, die Wegdienstbarkeit mit einem anderen Durchgangsrecht belegt werden. Beschränkte dingliche Rechte an Rechten sind in unserer Rechtsordnung durchaus bekannte Erscheinungen. Objekte dieser Lasten sind nicht nur, wie FLÜCKIGER[6] irrtümlicherweise anzunehmen scheint, die Sachen.

3. Es war soeben die Rede von beschränkten *dinglichen* Rechten an Rechten. Aber diese Belastungen können niemals Sachenrechte sein, denn «nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet»[7]. Dieser Grundsatz muss,

[1] MEIER-HAYOZ, N 41 zu Art. 646; HAAB, N 12 zu Art. 646; LEEMANN, N 28 zu Art. 646.
[2] HAAB, N 41 der Einleitung; OFTINGER, N 5 zu Art. 899.
[3] § 4 II 4.
[4] LIVER, N 44 zu Art. 734, N 16 zu Art. 730, N 20 der Einleitung; MEIER-HAYOZ, N 36 ff zu Art. 655; HAAB, N 42 der Einleitung; LEEMANN, N 28 ff zu Art. 780.
[5] Dazu LIVER, N 13 f zu Art. 743; Botschaft zur Baurechtsrevision, BBl *1963* I 993 f; BGE *92* I 539 ff; dazu die Besprechung LIVERS in ZBJV *104* (1968) 34 ff; allgemein FREIMÜLLER, 108 ff.
[6] 367.
[7] D. 50, 17, 54.

mutatis mutandis, auch die konstitutive Sukzession beherrschen. Die Befugnisse, die jemand zu Lasten seines Rechts einem Dritten einräumt, können keinen anderen rechtlichen Charakter aufweisen als das belastete Recht selbst. Das ist heute allgemein anerkannt[8].

II. Der Anteil als selbständiges Rechtsobjekt

1. Verhältnis zwischen Eigentumsbeschränkungen und Anteilsbelastungen

a) *Objekt von Eigentumsbeschränkungen,* die ja unmittelbare Sachherrschaften begründen, ist immer die Sache selbst. Das Eigentum daran wird nicht belastet, sondern beschränkt[9]. Der Anteil selbst wird von einem solchen rechtlichen Vorgang *unmittelbar* in gar keiner Weise berührt. Aber wenn die im Eigentum enthaltene Macht eingeengt wird, unterliegen notwendigerweise auch die Beteiligungen daran den gleichen Veränderungen; das ergibt sich aus dem Begriff der Beteiligung. Eigentumsbeschränkungen bestimmen unmittelbar den Eigentumsinhalt, *mittelbar* den Anteilsinhalt. Insofern ist der zweite vom ersten rechtlich abhängig.

Objekt von Anteilsbelastungen ist stets der Anteil und nur dieser. Der Eigentumsinhalt wird durch sie nicht bestimmt; denn der Anteilsinhalt ist wohl vom Eigentumsinhalt, nicht aber umgekehrt der Eigentumsinhalt vom Anteilsinhalt abhängig. Das ist eine notwendige Konsequenz der vorgenommenen dogmatischen Konstruktion des Miteigentums.

b) Die betonte grundsätzliche Trennung zwischen Eigentumsrecht und Anteil wird durch das Gesetz gestützt. In Art. 648 II ZGB ist von der Belastung der Sache einerseits, im Abs. III desselben Art. von Grundpfandrechten oder Grundlasten an Miteigentumsanteilen andererseits die Rede. Aber auch die schweizerische Rechtsprechung[10] und Doktrin[11] drücken diesen Gedanken mehr oder weniger prägnant aus, allerdings ohne ihn in den Einzelfragen auch immer konsequent anzuwenden. Diese Aussage soll anhand einiger Beispiele belegt werden.

aa) Wenn das Objekt der Eigentumsbeschränkungen verschieden ist von demjenigen der Anteilsbelastungen, dann kann es zwischen den beschränkten

[8] Liver, N 21 der Einleitung (mit weiterer Literaturangabe); Westermann, 646; Crome, System III, 4.
Anders Oftinger, N 6 zu Art. 899, der jedoch in N 5 zum gleichen Art. offensichtlich von einem anderen Begriff des dinglichen Rechts ausgeht.

[9] Das verkennt Flückiger, 367.

[10] BGE *95* I 571; unklar, zum Teil unzutreffend BGE *69* III 13.

[11] Haab, N 24 zu Art. 646; Leemann, N 13 zu Art. 800; La Roche, 76; Schneeberger, ZBGR *46* (1965) 221; Ruedin, 9; Kreisschreiben, 1199; Botschaft, 1508; Protokoll Studienkommission III, 2.

dinglichen Rechten an der Sache selbst und jenen am Anteil auch kein Rangverhältnis geben[12], denn dieses will ja die Kollision mehrerer Rechte *am gleichen Objekt* verhindern[13]. Ist man einmal zu dieser Einsicht gelangt, so sollten auch die Verba «vorgehen» und «nachgehen» im Zusammenhang mit der Darstellung des Verhältnisses dinglicher Rechte an diesen verschiedenen Gegenständen aus dem Sprachgebrauch verschwinden, denn diese Ausdrücke beziehen sich ja auf die eben abgelehnte Rangordnung[14].

bb) Aus der Tatsache, dass der Anteil in Wirklichkeit eine Beteiligung ist, dass die Eigentumsbeschränkungen *mittelbar* auch den Inhalt des ein selbständiges Objekt bildenden Anteils bestimmen, geht hervor, dass beschränkte dingliche Rechte an der Sache selbst niemals, auch nicht durch irgendwelche Vereinbarung, von solchen am Anteil verdrängt werden können. Anteilsbelastungen können die dinglichen Verhältnisse an der Sache selbst niemals beeinflussen. Das ist theoretisch undenkbar. Der Anteil ist ja Inbegriff aller seinem Inhaber aus der Beteiligung an der Rechtsgemeinschaft zufliessenden Befugnisse. Nur diese können demnach von Belastungen dieses Gegenstandes (des Anteils) berührt werden, niemals jedoch gar ausserhalb des Inhalts des *gemeinschaftlichen Rechts* liegende Befugnisse. Beschränkte dingliche Rechte *an der Sache selbst* gehören aber nicht mehr zum Eigentumsinhalt, sondern beschränken ihn; sie liegen ausserhalb des Eigentumsinhalts und um so mehr auch ausserhalb der Reichweite jeglicher Anteilsbelastung.

Diese Überlegung missachtet, nebst LEEMANN[15] und HINDERMANN[16], das Bundesgericht im schon zitierten Entscheid *95* I 568 ff. «Eine nach der Verpfändung von Miteigentumsanteilen erfolgende Verpfändung der Sache selbst[17] schafft bei der Zwangsverwertung dann erhebliche Schwierigkeiten, wenn das damit begründete Pfandrecht an der Sache selbst den Pfandrechten an den Miteigentumsanteilen nachgeht [!], d.h. wenn der Gläubiger, dem die Sache verpfändet ist, erst nach Befriedigung der Gläubiger, denen Anteile verpfändet sind, auf den Erlös der Sache Anspruch erheben kann[18].» Diese

[12] So ausdrücklich LIVER, Fragen, 327 f; RUEDIN, 9; Kreisschreiben, 1199; Botschaft, 1508; Protokoll Studienkommission III, 2; BGE *95* I 571.
Unzutreffend SCHNEEBERGER, ZBGR *46* (1965) 221.

[13] Zum Rangverhältnis allgemein LIVER, N 35 ff der Einleitung; OSTERTAG, N 4 zu Art. 972.

[14] Diese ungenaue Ausdrucksweise findet sich beispielsweise im Kreisschreiben, 1199; oder im jüngsten BGE *95* I 572, 574, 575, 577; ebenso bei HINDERMANN, 85.

[15] N 29 zu Art. 648; N 15 zu Art. 800.

[16] 85.

[17] Über die Ausnahmen von Art. 648 III ZGB, der die Belastung der Sache mit Grundpfandrechten und Grundlasten untersagt, falls solche Rechte bereits auf den Anteilen liegen, MEIER-HAYOZ, N 29 a zu Art. 648; FRIEDRICH, Reglement, N 10 zu § 47; Protokoll Studienkommission III, 2; BGE *95* I 570 ff, insbesondere 578 f. Diese Probleme, die an den zitierten Stellen m.E. zutreffend erörtert sind, werden hier nicht näher betrachtet.

[18] BGE *95* I 574; der gleiche Gedanke findet sich auf den Seiten 575, 577 und 578.
Obschon einzelnen Gedanken, die in diesem Urteil zu finden sind, widersprochen wreden muss, ist ihm im Ergebnis zuzustimmen.

Hypothese ist aber eben rechtslogisch – auf Grund der dargelegten rechtlichen Natur des Miteigentums – undenkbar, weil Objekt des Anteilspfandrechtes der Anteil ist, der, wirtschaftlich gesehen, immer nur einen Bruchteil des sich aus dem Eigentum ergebenden Wertes haben kann, und der Wert des Eigentums seinerseits ist von den beschränkten dinglichen Rechten an der Sache selbst unmittelbar abhängig. Will man aber ein Pfandrecht errichten, das allen Pfandrechten an den Anteilen wirklich nachgeht und trotzdem die gesamte noch verfügbare «Substanz» ergreift, so bleibt nichts anderes übrig, als auf alle Anteile ein Gesamtpfand (Art. 798 I ZGB) oder, wenn dessen besondere Voraussetzungen nicht vorliegen, mehrere Teilpfänder im Sinne des Art. 798 II ZGB zu legen.

cc) Wenn der Anteil ein selbständiges Objekt ist, dann kann er auch nicht «mit Bezug auf ein auf dem ganzen Grundstück ruhendes Pfandrecht»[19] aus der Haft entlassen werden. Objekte, die niemals zu Pfand gesetzt wurden, können auch nicht von irgendeiner Pfandhaft befreit werden. Und wenn die Last auf der Sache selbst ruht, so sind die Anteile völlig frei. Die Pfandentlassung kann sich alsdann nur auf die ganze Sache beziehen.

Andere Verhältnisse liegen hingegen vor, wenn vorerst (und mit Zustimmung des Pfandgläubigers) die Pfandlast auf die Anteile verlegt und verteilt wird. Dann sind eben die Anteile Belastungs- und mithin Entlassungsobjekte.

2. Abweichende ausländische Lehrmeinungen

a) Im Gegensatz zur den Anteil vom Eigentum streng trennenden Auffassung stehen insbesondere die herrschende *deutsche Doktrin*[20] *und die deutsche Rechtsprechung,* die sich auf einen Reichsgerichtsentscheid aus dem Jahre 1935 stützen, welchem man folgenden, m.E. unzutreffenden Satz entnehmen kann: «Dem Kammergericht ist darin recht zu geben, dass sich die Unterscheidung zwischen Belastung einzelner Miteigentumsanteile und Belastung des ganzen Grundstücks durch die Miteigentümer rechtstheoretisch nicht einleuchtend begründen lässt...[21]». Die Errichtung einer Grundpfandverschreibung durch alle Miteigentümer gemeinsam lässt, nach dieser Lehre, keine Einzelhypothek am (gemeinsamen) Grundstück entstehen, sondern ein Gesamtpfand zu Lasten aller Anteile. Ebenso verwandelt sich die Einzelhypothek in eine Gesamthypothek, wenn das (schon belastete) Grundstück vom Alleineigentümer auf meh-

[19] Das sieht vor Leemann, N 10 zu Art. 800.

[20] Staudinger/Scherübl, N 3 b und N 5 b zu § 1132; Sörgel/Siebert/Baur, N 4 und N 12 zu § 1132; RGRK/Schuster, N 2 zu § 1132; Bärmann, WEG, 208; Kattausch, 14. Anders Levy, 91 f, 100 ff, 107, 893 ff.

[21] RGZ *146* 365.

rere Miteigentümer übertragen wird[22,23]. Umgekehrt schrumpft die Gesamthypothek zur Einzelhypothek zusammen, falls alle im gleichen Rang belasteten Anteile in einer Hand vereinigt werden[24].

Diese Theorie hat zunächst den Vorteil, dass entweder nur die (in Alleineigentum stehende) Sache oder (im Miteigentumsverhältnis) nur die Anteile Belastungsobjekte sein können. Die Miteigentümer vermögen die Sache selbst nicht mehr zu belasten, und frühere Rechte an ihr erhalten neue Objekte: die Anteile. Das hat zur Folge, dass alle beschränkten dinglichen Rechte, die früheren an der Sache und die späteren an den Anteilen errichteten, zueinander in einem Rangverhältnis stehen, weil sie eben auf den gleichen Gegenständen ruhen. Eine dem Art. 648 III ZGB entsprechende Gesetzesbestimmung erübrigt sich, weil sich die Sache selbst theoretisch gar nicht mehr belasten lässt und infolgedessen der Schutz der verschiedenen beschränkten dinglichen Rechte durch die Rangordnung gewährleistet ist.

Diese Konstruktion verkennt indessen das Wesen des Miteigentums, dessen Entstehung nicht ein Parallelfall der realen Teilung des Grundstücks ist; dieser steht keine «ideelle» Teilung des Eigentumsrechts gegenüber[25].

Aber diese Lehre ruft nicht nur theoretische, sondern auch praktische Bedenken hervor[26].

Zunächst ist an die *Interessenlage des Pfandgläubigers* zu denken. Ohne seine Zustimmung kann das Pfandobjekt nicht ausgetauscht werden[27]; denn es ist doch denkbar, dass die Versteigerung von beispielsweise (allen) vier Anteilen einen kleineren Erlös ergibt als die Verwertung der Sache selbst. Die Aussicht, bloss Glied einer Gemeinschaft zu werden, wird in aller Regel einen gewissen Preisdruck zur Folge haben.

Sodann kann das (am gleichen Objekt) bestehende Rangverhältnis die *Interessen* eines Teils *der Miteigentümer* selbst beeinträchtigen.

Man denke sich, dass ein Miteigentümer seinen Anteil für Fr. 50000.– zu Pfand setzt und dass nachträglich durch alle gemeinsam ein Baurecht zu

[22] Staudinger/Scherübl, N 1 a zu § 1114; Sörgel/Siebert/Baur, N 4 zu § 1132; RGRK/Schuster, N 2 zu § 1132; Wolff/Raiser, 612, Anm. 5.

[23] Diese Auswirkungen des Miteigentums auf die Pfandbelastungen werden in der schweizerischen Lehre ausdrücklich abgelehnt: Haab, N 24 zu Art. 646; Leemann, N 26 zu Art. 798; Friedrich, Stockwerkeigentum und Grundbuch, 364; Botschaft, 1501.

[24] RGRK/Schuster, N 2 zu § 1132; Wolff/Raiser, 612, Anm. 5.

[25] So argumentieren Staudinger/Scherübl, N 1 a zu § 1114 (vgl. anders noch Staudinger/Kober (10. A.), N 2 zu § 1114 und Levy, 311); RGRK/Schuster, N 2 zu § 1132.

Im Gegensatz dazu und zutreffend die schweizerische Lehre. Danach ist auf die Begründung von Miteigentum Art. 833 ZGB (Zerstückelung des Unterpfandes) nicht anwendbar: Leemann, N 7 zu Art. 833, N 26 zu Art. 798; Haab, N 24 zu Art. 646; Friedrich, Stockwerkeigentum und Grundbuch, 364; Botschaft, 1501.

[26] Die folgenden zwei Beispiele werden nach schweizerischem Recht durchdacht, um zu zeigen, dass die deutsche Lehrmeinung jedenfalls in der Schweiz zu unzweckmässigen Resultaten führen würde.

[27] Vgl. etwa Leemann, N 26 zu Art. 798; Botschaft, 1501 f; Bolla, Bulletin StR, 207; Furgler, Bulletin NR, 190.

Lasten des Grundstücks, genauer (nach dieser deutschen Lehre) irgendwie zu Lasten aller Anteile, errichtet wird. Pfandobjekt ist ein Anteil, Baurechtsobjekte alle Anteile. Am doppelt (durch Pfand- und Baurecht) belasteten Anteil entsteht ein Rangverhältnis. Das Pfandrecht geht dem Baurecht vor (Art. 812 II ZGB). Was soll nun geschehen, wenn anlässlich der Pfandverwertung der noch mit dem Baurecht irgendwie belastete Anteil im ersten Aufruf kein Angebot von Fr. 50000.– erhält, sondern erst im zweiten, ohne Last durchgeführten[28]? Dann ist der Pfandgläubiger berechtigt, die Löschung der Last im Grundbuch zu verlangen (Art. 142 SchKG). Es ist aber unvorstellbar, was die Löschung eines Baurechts an einem Anteil sein sollte. Der pfandbelastete Anteil erhält seinen Wert erst, wenn das Baurecht überhaupt untergeht, wenn es also an allen belasteten Anteilen gelöscht wird; erst dann ist der Zweck der Gesetzesbestimmung erfüllt[29]. Dass eine solche Aussicht jede Bereitschaft eines Dritten, irgendeine Dienstbarkeit (im Nachgang zu einer Anteilsbelastung) am «gemeinsamen Gegenstand» zu erwerben, schwer beeinträchtigen würde, liegt auf der Hand. Er wäre zu einem solchen Handel überhaupt nicht oder nur unter günstigen Bedingungen bereit. Den Schaden aus dieser Situation müssten die Miteigentümer insgesamt tragen. Es zeigt sich also, dass ein Beteiligter durch seine Handlung (nämlich durch die an sich zulässige Verpfändung seines Anteils) die Interessen der übrigen Genossen in unzulässiger Weise beeinträchtigen könnte.

b) In der *italienischen Rechtswissenschaft* lehnt insbesondere Barassi jede Belastung des Anteils ab, weil dieser gar kein selbständiges und irgendwelcher Belastung zugängliches Rechtsobjekt sei. Es gebe kein beschränktes dingliches Recht am Anteil, sondern «più essattamente... un diritto reale limitato... sulla cosa nei limiti della quota»[30]. Belastungsobjekt sei also die Sache in den «quotalen Schranken». Selbst die in art. 2825 I Ccit zugelassene Anteilshypothek sei eine «ipoteca sulla cosa indivisa nel limite della quota»[31]. Diese Lösungen ergeben sich für Barassi aus seiner dogmatischen Konstruktion des Miteigentums, das lediglich ein besonderer «Aspekt» des Eigentums sei, weshalb jede Verfügung des Mitberechtigten eben wie jene des Eigentümers die Sache selbst, allerdings «quotal beschränkt», erfasse[32,33].

[28] Zu diesem Verfahren Art. 142 SchKG, Art. 56 und Art. 104 VZG.

[29] Aufschlussreich ist auch ein bei Staudinger/Ring, N 2 zu § 1018, skizzierter Fall: «Bestritten ist die Frage, ob eine Grunddienstbarkeit, die auf einem im Miteigentum mehrerer Personen stehenden Grundstück ruht, dann am ganzen Grundstück erlischt, wenn ein Miteigentumsanteil zwangsweise versteigert wird und die Versteigerungsbedingungen nichts über das Bestehenbleiben der Dienstbarkeit enthalten. Das Kammergericht hat das Erlöschen der Grunddienstbarkeit am ganzen Grundstück angenommen.» Dieser Entscheid wird allerdings von Ring kritisiert.

[30] Barassi, Proprietà e comproprietà, 735.

[31] Ders., a.a.O., 734.

[32] Ders., a.a.O., 733.

[33] Wie Barassi, allerdings nicht mit gleicher Folgerichtigkeit, Pescatore/Albano/Greco,

Zu dieser Vorstellung über den Anteil erübrigt sich eine weitere Stellungnahme[34].

3. Gestalt des Belastungsobjekts

a) Wie man sieht, trägt die Klärung des Miteigentumsbegriffs Wesentliches zur Lösung der Frage nach der Belastbarkeit des Anteils bei. Die Anteilsbelastung ergreift weder einen «Eigentumsteil» noch die Sache in einer (kaum vorstellbaren) «quotenmässigen (schon gar nicht realen) Beschränkung», sondern eben den Anteil als selbständiges, von Sache und Eigentum verschiedenes Rechtsobjekt. Und dieses Rechtsobjekt gehört nicht bloss der Welt des «Ideellen» an, existiert nicht bloss in der Vorstellung, sondern in der Realität; «ideell» ist bestenfalls die Quote. Es ist mithin unzutreffend, die Belastbarkeit des Anteils mit gewissen beschränkten dinglichen Rechten deshalb abzulehnen, weil deren Natur eine Beschränkung auf einen «ideellen Teil» nicht ertrage[35].

b) Steht ein *Grundstück* in Miteigentum, so wird der als Rechtsobjekt verstandene Anteil selbst wiederum als Grundstück behandelt (Art. 655 II Ziff. 4 ZGB), ohne dass für ihn ein neues Grundbuchblatt angelegt werden müsste (Art. 10 a I GBV)[36]. Die Blattöffnung (und mithin auch die Blattschliessung) hat für den Miteigentumsanteil keine materiellrechtliche Bedeutung[37]. Die ebenfalls als Grundstück behandelte StWE[38] erhält hingegen in jedem Fall ein besonderes Blatt (Art. 10 a II GBV), und erst ein Grundbucheintrag verleiht dem gewöhnlichen Miteigentumsanteil die besondere Gestalt des Stockwerkeigentums (Art. 712 d I ZGB).

III. Der Anteil als einheitliches Belastungsobjekt

Man wird sich fragen müssen, ob einerseits der Eigentümer einen Anteil an seiner Sache, andererseits der Anteilsinhaber einen «Teil» seines Anteils belasten könne.

1. Der Anteil ist ein Beteiligungsrecht. Es ist mithin begriffslogisch ausgeschlossen, dass der Eigentümer an eigener Sache Beteiligungen habe; dieser Begriff entstammt der Welt der Personenmehrheiten und findet im Reiche des

Commentario III/3, 63.

[34] Vgl. die Ausführungen im 1. Kapitel.

[35] So argumentieren etwa Haab, N 12 zu Art. 646; Leemann, N 10 zu Art. 730; Sattiva, 98; Wolff/Raiser, 14; Bärmann, WEG, 212, 213; Klang, N 2 zu § 829; Planiol/Ripert / Picard, Traité III, 282 f.

[36] Kreisschreiben, 1198.

[37] Friedrich, Stockwerkeigentum und Grundbuch, 336.

[38] Liver, Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, 194 f.

Einzelsubjekts keinen Platz. Nur ausnahmsweise werden die Anteile aus besonderen, weiter hinten[39] darzulegenden Gründen *verselbständigt,* so dass sie selbst dann ihr Dasein nicht verlieren, wenn sie allesamt in einer Hand vereinigt werden. Dann ist der Alleineigentümer zugleich auch Inhaber aller (verselbständigten) Anteile. Sollte er in der Folge einen Anteil belasten, dann handelte er, dogmatisch, nicht als Alleineigentümer, sondern als Inhaber eines *(bereits bestehenden)* Anteils.

Dem Eigentümer steht die einzige, begrifflich unbeschränkte Sachherrschaft an seinem einzigen Objekt, der Sache, zu. Diese allein kann er belasten, nur sein Eigentumsrecht beschränken; denn ein anderer, zusätzlicher Gegenstand (eben ein Anteil) existiert nicht. Es ist ihm daher verwehrt, irgend eine dingliche Last auf einen (nicht existierenden) Anteil zu legen[40]. Wollte man dies zulassen, so würde man anerkennen, dass sich das Eigentum (oder ein sonstiges Recht) aus einer Vielzahl, theoretisch aus unendlich vielen Beteiligungen an eben diesem Recht zusammensetze; eine widersinnige Vorstellung.

2. Diese Überlegungen gelten auch für den Anteil. Auch dieser bildet ein einziges Rechtsobjekt, eine und nicht eine Unzahl von Beteiligungen und kann demnach nur in seiner Ganzheit und Einheit belastet werden.

Belastungsobjekte können demnach nur entweder die Sache oder die (einheitlichen) Anteile sein. Das ist denn auch von der herrschenden schweizerischen Lehre anerkannt[41].

3. Es geht nicht an, aus der Befugnis des Eigentümers oder des Anteilsinhabers, einem Dritten einen neuen Anteil an der (neu zu bildenden oder bereits bestehenden) Rechtsgemeinschaft einzuräumen, Schlüsse auf die Belastungsfähigkeit von «Teilen» ihrer Objekte zu ziehen[42]. Der Eigentümer kann einen Anteil, der Miteigentümer einen «Teil» seines Anteils «veräussern»[43]. Der Ausdruck «veräussern» ist indessen in diesem Zusammenhang nicht genau, denn mit ihm verbindet sich die Vorstellung einer Übertragung. Aber nur Eigentum und bestehende Anteile als Ganzes können im strengen Sinne dieses Begriffes übertragen werden. *Neue Beteiligungen* an einer Miteigentumsgemeinschaft *entstehen* erst durch das (je nach Objekt verschiedene) Verfügungsge-

[39] In dieser Ziffer III, 5.

[40] Anders LEEMANN, N 22 zu Art. 745: Der Alleineigentümer einer Sache könne einen «Bruchteil» derselben mit einer Nutzniessung belasten.

[41] MEIER-HAYOZ, N 42 zu Art. 646; LEEMANN, N 29 zu Art. 646, N 6 zu Art. 800, N 16 zu Art. 884 (vgl. aber anders N 22 zu Art. 745); HAAB, N 27 zu Art. 646; WIELAND, CARL, N 1 zu Art. 800; OFTINGER, N 17 zu Art. 884; LA ROCHE, 49, Anm. 1.
Ebenso LEVY, 318; WESTERMANN, 613.
A. M. STAUDINGER/SPRENG, N 4 zu § 1258, N 2 e zu § 1204 (mit weiterer deutscher Literatur); WOLFF/RAISER, 716.

[42] So vor allem STAUDINGER/SPRENG, N 2 e zu § 1204.

[43] MEIER-HAYOZ, N 35 zu Art. 646; LEEMANN, N 22 ff zu Art. 646; HAAB, N 11 zu Art. 646.

schäft[44]. Der Eigentümer vermag, nicht weniger als der Miteigentümer, einem Dritten eine neue, bisher nicht bestehende Beteiligung *einzuräumen*. Dieses (neue) Rechtsobjekt wird nicht übertragen, sondern durch das Verfügungsgeschäft *konstituiert*.

Der Vorgang ist vergleichbar mit der Errichtung beschränkter dinglicher Rechte. Auch diese werden nicht übertragen, sondern konstituiert.

Man sieht, dass die Einräumung einer *neuen* Beteiligung an einem Recht etwas ganz anderes ist als die Belastung eines bereits bestehenden Anteils. Im ersten Fall wird ein neues Rechtsobjekt geschaffen (es wird nicht über *dieses* verfügt), wogegen im zweiten Fall auf ein bereits bestehendes Objekt eine dingliche Last gelegt, über diesen Gegenstand also verfügt wird. Das sind zwei rechtlich völlig verschiedene Vorgänge, die nicht beide unter den Ausdruck der «Verfügung» subsumiert werden können, so wie nicht die *Errichtung* eines beschränkten dinglichen Rechts, sondern erst dessen Übertragung oder Belastung eine Verfügung über *dieses* Recht darstellt.

Es zeigt sich, dass aus der Befugnis des Eigentümers und des Anteilsinhabers, neue Beteiligungen an einer (neu zu bildenden oder bereits bestehenden) Rechtsgemeinschaft zu begründen, nichts für die Beantwortung der Frage gewonnen werden kann, ob diese Subjekte andere als die ihnen zugeordneten Gegenstände belasten können.

4. Es ist denkbar, dass ein Gläubiger seine ein einziges Rechtsobjekt bildende Forderung derart zu zerlegen befugt ist, dass daraus zwei (oder mehrere) neue Forderungen und ebensoviele Rechtsobjekte entstehen. Aus einer Forderung von Fr. 10000.– werden beispielsweise zwei zu Fr. 5000.– gebildet. Wenn diese neuen Rechtsobjekte übertragbar sind, steht auch ihrer getrennten Verpfändung nichts entgegen[45]. Aber mit Anteilen am ursprünglichen Gegenstand haben diese neuen Rechte nichts gemein. Die alte Forderung zu Fr. 10000.– geht unter und wird *ersetzt* durch die zwei neuen zu Fr. 5000.–.

5. Der Grundsatz, wonach nur entweder die Sache selbst oder der einheitliche Miteigentumsanteil Belastungsobjekt sein kann, erleidet scheinbar Ausnahmen. In Wirklichkeit sind es Ausnahmen des anderen Grundsatzes, der besagt, dass mehrere in einer Hand vereinigte Anteile zu einer neuen Einheit verschmelzen[46] und dass sie gar zum Untergang verurteilt sind, sobald sie allesamt beim nämlichen Subjekte liegen[47]. Diese (der Wissenschaft) bereits bekannten Ausnahmen sollen hier der Vollständigkeit halber erwähnt werden[48].

[44] Spezialfälle, wie die Verbindung und Vermischung, bleiben hier unberücksichtigt. Dazu Meier-Hayoz, N 15 ff zu Art. 646.
[45] Oftinger, N 10 zu Art. 899.
[46] Haab, N 26 zu Art. 646.
[47] Ders., N 27 zu Art. 646; Friedrich, Stockwerkeigentum und Grundbuch, 336.
[48] Weitere Fälle in § 12 III 3.

a) Die Verschmelzung eines bereits pfandbelasteten Anteils hätte eine von der Rechtsordnung nicht gewollte Bevorzugung des Anteilspfandgläubigers zur Folge, dem plötzlich ohne sein Dazutun und ohne irgendeine Einwilligung mehr Sicherheit geboten würde als vor der Verschmelzung. Zudem entstünden Schwierigkeiten in der Rangordnung zwischen den Belastungen an den verschiedenen zu verschmelzenden Anteilen (vgl. auch Art. 91 I GBV).

Der Untergang des Anteils (durch Vereinigung aller Beteiligungen in einer Hand oder durch Veräusserung der Sache selbst) würde hingegen die Interessenlage des Anteilspfandgläubigers in unerträglicher Weise schwächen, denn er würde sein Sicherungsobjekt verlieren.

Diesen Missständen kann dadurch begegnet werden, dass man den Anteilen zunächst so lange ein Eigenleben verleiht, als sie pfandbelastet sind. So lange sind sie und auch die notwendigerweise neben ihnen bestehenden Anteile selbständige Rechtsobjekte, mithin auch weiterer Pfandbelastung zugänglich[49].

b) Der Verkäufer (Art. 837 I Ziff. 1 ZGB) und der Pfründer (Art. 523 OR) haben zur Sicherung ihrer Ansprüche am übertragenen Grundstück ein mittelbares gesetzliches Pfandrecht. Ist dieses Grundstück ein Miteigentumsanteil, so hätte dessen Verschmelzung auch hier eine Verbesserung der Interessenlage des aus dem Pfandrecht Berechtigten, der Untergang hingegen deren Verschlechterung zur Folge. Auch hier muss die Selbständigkeit des Anteils mit all den hiervor bereits dargelegten Konsequenzen gewahrt bleiben[50].

c) Schliesslich ist zu erwähnen, dass auch der Alleineigentümer an seinem Grundstück Stockwerkeigentum begründen kann (Art. 712 d II Ziff. 2 ZGB) und dass das letzterwähnte durch Vereinigung der Anteile in einer Hand nicht untergeht (Art. 712 f I ZGB). Umgekehrt zerfällt die StWE auch nicht in einzelne Anteile, falls sie mit mehreren Personen in Beziehung gebracht wird. Sie bildet vielmehr ein einheitliches Objekt, das der neuen Personenmehrheit nach den Regeln des Mit- oder Gesamteigentums zusteht[51].

Einer Belastung dieser selbständige Rechtsobjekte bildenden StWE steht nichts entgegen. Die Verpfändung der einzelnen Anteile (und nicht der Liegenschaft oder des Baurechts) muss im Stockwerkeigentumsverhältnis sogar von vornherein angestrebt werden[52].

[49] Meier-Hayoz, N 42 zu Art. 646; Haab, N 26 f zu Art. 646; Leemann, N 9 zu Art. 800; Wieland, Carl, N 1 zu Art. 800; Huber, Teilentwurf Grundpfand, 108; ders., Erläuterungen zum Vorentwurf II, 242; Art. 91 I GBV; Levy, 316 ff.

[50] Meier-Hayoz, N 39 zu Art. 646; Haab, N 26 zu Art. 646; Leemann, N 8 zu Art. 800.

[51] Liver, Fragen, 334; Eggen, Stockwerkeigentum, 261; Friedrich, Reglement, N 1 zu § 32; Art. 712 o I ZGB.

[52] Zu diesen Fragen Friedrich, Reglement, N 13 ff zu § 47; Botschaft, 1500 ff.

§ 10 Anteilsinhalt. Dessen Auswirkungen auf die Belastung

I. Ablehnung der Unterscheidung zwischen teilbaren und unteilbaren beschränkten dinglichen Rechten

1. Art. 646 III ZGB gibt, wie bereits hervorgehoben, jedem Mit- und Stockwerkeigentümer grundsätzlich die Befugnis, den Anteil mit beschränkten dinglichen Rechten zu belasten. Das Gesetz erwähnt alsdann in einzelnen, untereinander nicht zusammenhängenden Bestimmungen verschiedene Typen dieser Rechte: das Pfandrecht in den Art. 646 III, 648 III und 800 I ZGB, die Grundlast in Art. 648 III ZGB, die Nutzniessung in den Art. 649 c, 712 c II und 712 o II ZGB, das Wohnrecht in Art. 712 c II ZGB.

Das BGB hat in besonderen Paragraphen das Pfandrecht (§ 1258 BGB), den Niessbrauch (§ 1066 BGB) und die Reallast (§ 1106 BGB) am (gewöhnlichen) Miteigentumsanteil geregelt.

Der Ccit schliesslich behandelt in art. 2825 die Anteilshypothek.

Soweit die gesetzlichen Regelungen. Der Wissenschaft obliegt es, Kriterien zu entwickeln, die die Sonderung jener Rechte, die auf den (gewöhnlichen und besonders ausgestalteten) Anteil gelegt werden können, von allen anderen ermöglichen.

2. Der weitaus grösste Teil der Vertreter der Wissenschaft glaubt, in der *Teilbarkeit* gewisser beschränkter dinglicher Rechte das wichtigste dieser Kriterien gefunden zu haben. Auf den Anteil lassen sich, so wird betont, nur die teilbaren, niemals die unteilbaren Rechte legen. Das ist oft in dieser Formulierung[1], bisweilen mit anderen Worten dargelegt. Gewisse Rechte, so wird auch gesagt, lassen sich deshalb nicht auf Anteile legen, weil eine bruchteilsmässige Ausübung ihrer Natur widerspreche[2]. Das besagt doch wohl nichts anderes, als dass diese Rechte in einem Bruch, in einem Teil ihrer selbst, nicht vorgestellt werden können, dass sie also unteilbar seien. Vertreter der italienischen[3] und der französischen[4] Rechtswissenschaft schliesslich betonen kaum die Teilbarkeit, dafür um so entschiedener die Unteilbarkeit gewisser Rechte, insbe-

[1] Meier-Hayoz, N 41 und N 43 zu Art. 646; Leemann, N 28 und N 30 zu Art. 646; Wieland, Carl, N 10 zu Art. 646; Sänger, 97 (nicht in seiner, sondern in der Wiedergabe der allgemeinen Lehrmeinung); Sörgel/Siebert/Schultze-v. Lasaulx, N 2 zu § 747; Staudinger/Berg, N 7 zu § 1008.

[2] v. Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB I, 84, Anm. 20; Meier-Hayoz, N 41 zu Art. 646; Leemann, N 28 zu Art. 646.

[3] Biondi, 172, 189; Grosso/Deiana, Trattato V/1, 219; Pescatore/Albano/Greco, Commentario III/3, 64 und Commentario III/2, 306 ff.

[4] Planiol/Ripert/Picard, Traité III, 873; Aubry/Rau/Esmin, Droit civil III, 85; Fuzier-Herman/Demogue, Code civil annoté II, N 36 und N 38 zu art. 637 (mit weiterer französischer Literatur).

sondere der Grunddienstbarkeiten. Die Belastung des Anteils mit diesen Rechten wird sozusagen einhellig abgelehnt[5].

Was in dieser Arbeit unter Teilbarkeit eines Rechts verstanden wird, ist bekannt[6]. Indessen herrscht in der Wissenschaft keine einheitliche Auffassung über den Begriffsinhalt. Insbesondere die italienische Doktrin ist in dessen Fixierung zu keinem endgültigen Ergebnis gelangt[7].

Diese Unklarheit hat notgedrungen zur Folge, dass die unter dem Gesichtspunkt der Teilbarkeit in verschiedene Kategorien eingereihten Rechte nicht einheitlich festgehalten werden. Sieht man jedoch von sprachlichen Ungenauigkeiten oder Unvollkommenheiten ab, so lässt sich sagen, dass nach herrschender Lehre Pfandrecht, Grundlast und Nutzniessung für teilbar[8], Wohnrecht, Grunddienstbarkeit, Baurecht, Quellenrecht und die «anderen Dienstbarkeiten» i.S. des Art. 781 ZGB für unteilbar[9,10] gehalten werden. Immerhin zählen einzelne Autoren die hauptsächlich ein frui enthaltenden Grunddienstbarkeiten zur ersten Gruppe[11], und BRANCA[12] negiert gar die Unteilbarkeit des (unserer Rechtsordnung unbekannten) dinglichen Gebrauchsrechts (des römischrechtlichen usus: art. 1021 Ccit) und des Wohnrechts (art. 1022 Ccit). Zu guter Letzt sind nach COSACK[13] *alle* beschränkten dinglichen Rechte, die Grunddienstbarkeiten eingeschlossen, einer Teilung zugänglich.

3. Die Überlegungen im § 3 haben gezeigt, dass keine im Eigentum enthaltenen Befugnisse teilbar sind. Wie sollten es aber dann jene durch konstitutive Sukzession erworbenen sein? Der Eigentümer kann sich nur in solchen Befugnissen eine Beschränkung auferlegen, die ihm auch wirklich zustehen[14]. Daher ist es undenkbar, dass aus einer unteilbaren Befugnis des Eigentümers eine teilbare des Inhabers des beschränkten dinglichen Rechts entsteht. Wer die Teilbarkeit des Eigentumsrechts ablehnt, kann konsequenterweise nicht die Teilbarkeit beschränkter dinglicher Rechte bejahen. Dieser Zusammenhang wird, soweit ich sehe, in der Literatur nicht betont.

Ich halte es deshalb mit MESSINEO[15]: Es gibt keine teilbaren dinglichen Rechte.

[5] Ebenso CROME, System III, 435 und 436, Anm. 44; EHRENZWEIG, System I/2, 312.
[6] § 3 I 2.
[7] TAMBURRINO, 31.
[8] Insbesondere die in den Anm. 1, 2 und 5 hiervor zitierten Autoren a.a.O.; zudem SATTIVA, 98.
[9] Insbesondere die in den Anm. 1, 2 und 5 hiervor zitierten Autoren a.a.O.; zudem LIVER, N 44 und N 47 zu Art. 730.
[10] In Italien und Frankreich werden die Ausführungen auf die Grunddienstbarkeit beschränkt. Vgl. die in Anm. 3 und 4 hiervor zitierten Autoren a.a.O.
[11] Vgl. die Ausführungen in § 3 II 3 d mit der dort zitierten Literatur; zudem KLANG, N II 2 zu § 485; PARDESSUS, 35 ff.
[12] Commentario III/2, 129.
[13] Lehrbuch II, 394 f.
[14] LIVER, N 6 der Einleitung.
[15] 42.

4. Diese Überlegungen zeigen, dass der heute herrschende Lehrsatz, wonach nur teilbare beschränkte dingliche Rechte auf Anteile gelegt werden können, einer näheren Prüfung nicht standhält. Er fusst auf unzutreffenden Voraussetzungen und nimmt eine Unterscheidung vor, die in Wirklichkeit nicht durchführbar ist. Die Belastbarkeit des Miteigentumsanteils und der StWE erheischt eine andere theoretische Begründung.

II. Beschränkte dingliche Rechte als durch konstitutive Sukzession erworbene Rechte

1. Es ist wichtig, hier nochmals den bereits dargelegten Grundsatz zu betonen, wonach der Eigentümer sich nur in solchen Befugnissen eine Beschränkung auferlegen kann, die ihm auch wirklich zustehen. Umgekehrt lässt sich aber sagen, dass eine Beschränkung in diesen ihm zustehenden Befugnissen grundsätzlich auch möglich ist. Der Eigentümer, auf dessen Liegenschaft eine Quelle entspringt, kann, nicht weniger als der Inhaber eines selbständigen und dauernden, ins Grundbuch aufgenommenen Quellenrechts, sein Grundstück mit einem Wasserbezugsrecht belasten. Dieser Gedanke muss auch für die Anteilsbelastung seine Gültigkeit haben.

Wenn es richtig ist, dass der Anteil ein subjektives Recht ist, dann bestimmt eben primär der Anteilsinhalt, wie die Anteilsbelastungen aussehen können. *Aus dieser rein «inhaltlichen» Sicht* (es gibt noch andere Gesichtspunkte) *zeigt demnach die gesetzliche oder gewillkürte Nutzungs- und Verwaltungsordnung an, welchen Belastungen ein konkreter Anteil zugänglich ist,* so wie die konkrete Belastungsfähigkeit selbständiger und dauernder, in das Grundbuch aufgenommener Rechte von deren Inhalt abhängt[16].

Diese Überlegungen widerlegen die Behauptung, wonach ein Anteil deshalb keine Grunddienstbarkeit ertrage, weil er die einzuräumenden Befugnisse niemals enthalte[17].

2. Den Weg zu dieser Überlegung hat der Gesetzgeber selbst vorgezeichnet, indem er die Möglichkeit geschaffen hat, an der StWE (also an einem vermeintlich «ideellen» Miteigentumsanteil) das «unteilbare» und offenbar nur an der ganzen Sache vorstellbare Wohnrecht zu errichten (Art. 712 c II ZGB).

In der schweizerischen Doktrin hat schon Liver[18], der eigentliche Schöpfer unseres Stockwerkeigentumsrechts[19], diesen Gedanken ausgedrückt. Grunddienstbarkeiten, inhaltlich ihnen entsprechende Personaldienstbarkeiten und

[16] Meier-Hayoz, N 36 ff zu Art. 655; Haab, N 14 zu Art. 655.
[17] So La Roche, 41 f; Kattausch, 19 f.
[18] N 18 f der Einleitung, N 22 zu Art. 730 (vgl. jedoch anders Fragen, 324 f).
[19] Furgler, Bulletin NR, 187.

Wohnrechte können, so sagt er, auf einem Anteil ruhen, sofern die Benutzung der Sache zwischen den Miteigentümern ausgeschieden ist.

Aber auch BRANCA[20] argumentiert auf der gleichen Ebene, wenn er den usus am Anteil rechtfertigt: «Essa [die Nutzungsordnung] permetterà di circoscrivere le facoltà dell'usuario entro i precisi confini della quota del comunista che ha costituito il diritto.» Und gegen die Belastung des Anteils mit einem Wohnrecht wendet er dann theoretisch nichts ein, wenn «uno degli appartamenti comuni è o può essere dato in godimento diretto al comunista che quel diritto vuole appunto costituire»[21]. Die Errichtung einer Grunddienstbarkeit zu Lasten eines Anteils lehnt hingegen auch BRANCA ab; aber nicht etwa deshalb, weil sie an diesem nicht ausgeübt werden könnte, sondern aus einem anderen, dem Wesen der Grunddienstbarkeit selbst entnommenen Grunde[22]. Diese, so führt er aus, wolle das eine Grundstück einem anderen dienstbar machen, und es sei dem einzelnen Genossen verwehrt, allein dieses Resultat herbeizuführen. Das Argument stösst, jedenfalls nach schweizerischem Recht, ins Leere. Die Anteilsservitut ruht eben nicht auf dem gemeinschaftlichen Grundstück, sondern ausschliesslich auf dem Anteil, der bekanntlich seinerseits als Grundstück gilt. *Dieses* Grundstück (der Anteil) wird alsdann in der Tat einem anderen dienstbar gemacht.

Im Grunde genommen hat schon COSACK[23] die hier vertretenen Gedanken vorweggenommen. Zwar hält er, wie bereits hervorgehoben[24], alle beschränkten dinglichen Rechte für teilbar und erachtet daher auch die Miteigentumsanteile als ihre möglichen Objekte. Aber sein Grundgedanke hat mit dieser Teilbarkeit nichts zu tun: «...wenn es denkbar ist, dass der Miteigentümer eines Grundstückes auf diesem gehen, Lehm graben, Wasser schöpfen darf, wenn es ferner denkbar ist, dass kraft eines von dem Miteigentümer bestellten Niessbrauchs dem Niessbraucher diese Befugnisse gleichfalls zustehen, warum soll dann ein Miteigentümer jenes Recht zum Gehen, Lehmgraben, Wasserschöpfen nicht auch als Grunddienstbarkeit zugunsten der jeweiligen Eigentümer eines Nachbargrundstückes bestellen können[25]?» Hier wird doch gesagt, dass der Anteilsinhalt auch den möglichen Inhalt der Anteilsbelastungen bestimmt.

[20] Commentario III/2, 130.
[21] Es ist an dieser Stelle nicht etwa die Rede von einem Wohnrecht an einer StWE i.S. der art.1117 ff Ccit, sondern an einem gewöhnlichen Miteigentumsanteil.
[22] BRANCA, Commentario III/2, 130.
[23] Lehrbuch II, 394 f.
[24] Anm.13 hiervor.
[25] COSACK, Lehrbuch II, 395.

III. Der Anteil als untaugliches Baurechtsobjekt

1. Art. 675 II ZGB schliesst die Bestellung eines Baurechts an einzelnen Stockwerken eines Gebäudes aus. In dieser Bestimmung ist aber die Rede von einem «Stockwerk» und nicht von einer «Stockwerkeigentumseinheit». Das sind zwei völlig verschiedene Dinge. Die StWE ist ein (besonders ausgestalteter) Miteigentumsanteil, das Stockwerk an sich, als *Raumeinheit,* als Teil eines Gebäudes, ist mit dem Eigentumsbegriff (genauer: mit dem Miteigentumsbegriff) überhaupt nicht fassbar.

Die zitierte gesetzliche Regel sagt demnach nichts darüber aus, ob an irgendeinem Miteigentumsanteil an sich ein Baurecht errichtet werden könne.

2. Das Baurecht verleiht dem Berechtigten entweder die Befugnis, auf oder unter der Bodenfläche einer Liegenschaft ein Bauwerk zu errichten und in seinem Sondereigentum zu behalten oder gibt die Möglichkeit, an einem bereits bestehenden Bauwerk Sondereigentum zu erwerben (Art. 779 I und Art. 675 I ZGB)[26]. Hier interessiert insbesondere die Aussage, wonach der Baurechtsinhaber am Bauwerk Sondereigentum erwirbt.

Der Miteigentümer ist möglicherweise auf Grund der Nutzungs- und Verwaltungsordnung befugt, auf der gemeinschaftlichen Liegenschaft Bauten zu errichten oder an bestehenden Veränderungen vorzunehmen. Gerade der Stockwerkeigentümer hat kraft seines Sonderrechts die Möglichkeit, die ihm ausschliesslich zugewiesenen Teile des Gebäudes innen auszubauen (Art. 712 a I ZGB). Aber er vermag niemals an den entstandenen Bauten oder Einrichtungen oder Anlagen Sonder*eigentum* zu erwerben, sofern diese fest und dauernd mit dem Boden oder mit der daraufliegenden Baute verbunden sind. Alles fällt in das gemeinschaftliche Eigentum. Das trifft auch dann zu, wenn ein Baurechtsmitberechtigter baut und ist eine Folge des Akzessionsprinzips.

Anders wäre nur dann zu entscheiden, wenn dem Miteigentümer selbst an der gemeinschaftlichen Sache (oder am gemeinschaftlichen Baurecht) ein Baurecht eingeräumt worden wäre, auf Grund dessen er bauen würde. Dieses Verhältnis liegt aber ganz anders als das hier angeschnittene Problem und interessiert deshalb an dieser Stelle nicht.

Wenn es also dem Miteigentümer auf Grund einer Nutzungs- und Verwaltungsordnung niemals gegeben sein kann, auf dem gemeinschaftlichen Grundstück *so zu bauen,* dass er an den Bauten *Alleineigentum* erwirbt, wie sollte er dann diese Befugnis einem Dritten einräumen können? Das ist theoretisch ausgeschlossen. Was ausserhalb des Anteils liegt, liegt auch ausserhalb jeglicher Anteilsbelastung.

[26] Freimüller, 26.

Aber dem Miteigentümer kann auch nicht eine bereits *bestehende* Baute auf dem gemeinsamen Grundstück zu Alleineigentum zugewiesen werden. Also hat er auch nicht die Möglichkeit, das Sondereigentum einem Dritten einzuräumen.

IV. Der Inhalt des Anteils und dessen Belastung mit Pfandrechten, Grundlasten und Nutzniessung

1. Jeder Anteil enthält eine gewisse Anzahl Befugnisse. Durch deren Betätigung kann der Inhaber daraus wirtschaftlichen Nutzen ziehen, welcher sich in Geld ausdrücken lässt; auf diese Weise ergibt sich der Wert eines jeden Anteils[27]. Diese Grösse ist grundsätzlich von den Änderungen der Nutzungs- und Verwaltungsordnung unabhängig. Die einzelnen konkreten Einwirkungsmöglichkeiten des Berechtigten auf den gemeinsamen Gegenstand sind durchaus austauschbar, aber ihr Gesamtwert bleibt sich – wenigstens nach der Idee des Instituts – gleich. Dafür sorgt die Quote[28]. Daraus folgt, dass der Anteil auch stets ein Recht erträgt, das lediglich auf die Wertrealisierung des Sicherungsobjekts abzielt. Das ist das Pfandrecht, und zwar in allen seinen Arten[29].

2. Die Grundlast (Art. 782 ff ZGB) ist ein Doppelgebilde. Einerseits ist der jeweilige Grundstückinhaber zu einer positiven[30] Leistung verpflichtet. Das ist ein realobligatorisches[31] Verhältnis. Andererseits haftet für diese Leistung nur das Grundstück, nicht auch der Schuldner persönlich[32]. Das allein ist die dingliche Seite der Grundlast und stempelt sie zum Wertrecht[33].

Dem Inhalt der Grundlastleistung sind enge Schranken gesetzt: Entweder ergibt er sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstücks, oder er ist für die wirtschaftlichen Bedürfnisse eines berechtigten Grundstücks bestimmt (Art. 782 III ZGB).

Der Belastungsgegenstand erfüllt demnach möglicherweise nicht nur eine, sondern zwei Funktionen: Zum einen ist er stets Sicherungsobjekt; zum anderen kann er zudem inhaltsbestimmend sein für die Grundlastleistung.

[27] § 6 II.
[28] § 6 II.
[29] Haab, N 13 zu Art. 646; La Roche, 41 f.
A. M. Rossel/Mentha, Manuel II, 194.
[30] Eine negative Leistung, ein Unterlassen, kann nicht zum Inhalt einer Grundlastpflicht gemacht werden: Leemann, N 25 zu Art. 782; Wieland, Carl, N 1 und N 5 zu Art. 782; Liver, N 218 zu Art. 730; Rossel/Mentha, Manuel III, 74, Anm. 1.
[31] Liver, N 40 zu Art. 744.
[32] Art. 782 I und Art. 791 I ZGB; vgl. jedoch Art. 791 II ZGB.
[33] Über die Einordnung der Grundlast zu den Wertrechten vgl. Liver, N 5 der Einleitung; Haab, N 56 der Einleitung; Leemann, N 4, N 5, N 9, N 20 und N 23 der Vorbem. zum dritten Abschnitt.

Soweit die wirtschaftliche Natur des Belastungsgegenstands für die Inhaltsbestimmung der Grundlastleistung ausser Betracht fällt, erträgt der Anteil auch jede Grundlast, weil sich seine Funktion (wie im Pfandrechtsverhältnis) in der dinglichen Sicherung bestimmter Leistungen erschöpft. Soweit dem Anteil jedoch auch die inhaltsbestimmende Funktion zukommt, ist es nicht mehr gleichgültig, welche Befugnisse er umschliesst; denn diese sollen ja gerade anzeigen, welches Gesicht die Grundlastleistung haben kann.

Hier lässt sich demnach mit Sicherheit lediglich sagen, dass der Anteil stets jene Grundlasten erträgt, deren Leistungsinhalte sich *nicht* aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Gegenstands ergeben. Dazu gehören einmal alle Realgrundlasten, deren Leistungen für die wirtschaftlichen Bedürfnisse des *berechtigten* Grundstücks bestimmt sind. Sodann aber auch alle öffentlichrechtlichen Grundlasten (und die Gülten), weil ihren Leistungsinhalten keine Schranken gelegt sind (Art. 782 III ZGB).

Man wird sich zudem fragen müssen, ob nicht zumindest Geldleistungen in Form der Grundlast[34] auf jeden Anteil gelegt werden können, da diese sozusagen neutral und somit von der wirtschaftlichen Natur des belasteten Gegenstandes unabhängig sind. Mit dieser Fragestellung ist bereits die Antwort erteilt: Geldleistungen ergeben sich überhaupt nicht aus der wirtschaftlichen Natur eines Objekts, und sie sind auch nicht für die wirtschaftlichen Bedürfnisse eines Grundstückes bestimmt[35]; demnach können sie richtigerweise überhaupt nicht den Inhalt einer Grundlastleistung ausmachen[36].

3. Weil jeder Anteil in irgendeiner Form einen Nutzen abwirft, kann auch jenes beschränkte dingliche Recht stets daran bestellt werden, dessen Wesen nicht in einer bestimmten Verwendung, sondern allgemein im «vollen Genuss des Gegenstandes» liegt, das sogar an den Surrogaten[37] des belasteten Objektes weiterbestehen kann. Das ist die Nutzniessung (Art. 745 ZGB).

[34] Von diesen Überlegungen ist natürlich die in die Form der Gült gekleidete Grundlast ausgenommen (Art. 847 ff ZGB).

[35] Liver, N 41 zu Art. 744.

[36] Nicht ausdrücklich, doch aus den Darlegungen erkennbar Liver, N 41 zu Art. 744; Rossel/Mentha, Manuel III, 75, 77; vgl. auch BGE *93* II 81.

Anders Wieland, Carl, N 5 a zu Art. 782; Leemann, N 3 ff zu Art. 785; Tuor/Schnyder, 584; BGE *53* II 386 ff (Erhebung und Ablieferung der Kurtaxe durch die Gasthofbesitzer).

[37] Vgl. etwa Art. 750 III und Art. 774 II ZGB; § 1046, § 1075 und § 1079 BGB; art. 1017 ff Ccit.

V. Der Anteil als Gegenstand von Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechten

Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechte sind keine Sachenrechte[38]. Gleichwohl werden sie im Schrifttum – systematisch nicht ganz korrekt – im Zusammenhang mit den möglichen dinglichen Anteilsbelastungen erwähnt[39].

Alles, was Gegenstand des Kaufs sein kann, kann auch Objekt von Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrechten sein.

Miteigentumsanteile und StWE sind ganz unbestreitbar Kaufsobjekte. Ebenso unbestreitbar können also an ihnen Kaufs-, Vorkaufs- oder Rückkaufsrechte begründet werden. Das ist denn auch in der Literatur unbestritten[40], und das Gesetz selber gewährt jedem gewöhnlichen[41] Miteigentümer ein Vorkaufsrecht gegenüber einem jeden Nichtmiteigentümer, der einen Anteil an einem Grundstück[42] erwirbt (Art. 682 I ZGB).

§ 11 Fixierung und grundbuchliche Darstellung des Anteilsinhalts. Auswirkungen auf die Belastung

I. Inhaltlich «fixierte» beschränkte dingliche Rechte

1. Im Unterschied zur Nutzniessung und zu den Wertrechten gewähren die anderen beschränkten dinglichen Rechte ihrem Inhaber nur *bestimmte* Einwirkungsmöglichkeiten auf den belasteten Gegenstand. Wohnrecht (Art. 776 ZGB) und Quellenrecht (Art. 780 ZGB) haben im wesentlichen im Gesetz selber die inhaltliche Umschreibung erhalten. Grunddienstbarkeiten und inhaltlich ihnen entsprechende Personaldienstbarkeiten ihrerseits unterwerfen ihr Objekt immer nur *bestimmten Eingriffen* (Art. 730 I ZGB), verleihen ihrem Inhaber nur die Möglichkeit, das Grundstück in *bestimmter* Hinsicht (Art. 781 I ZGB) zu nutzen

[38] Liver, N 13 der Einleitung. Über ihre Rechtsnatur ders., N 23 zu Art. 730.

[39] Meier-Hayoz, N 41 zu Art. 646; Leemann, N 28 zu Art. 646; Haab, N 12 zu Art. 646; Wolff/Raiser, 14 f; v. Tuhr, Allgemeiner Teil des BGB I, 84, Anm. 20; Sörgel/Siebert/Schultze-v. Lasaulx, N 2 zu § 747.

[40] Vgl. die in Anm. 39 hiervor angegebene Literatur.

[41] Anders im Stockwerkeigentumsrecht: Art. 712 c I ZGB.

[42] Nach einhelliger Lehrmeinung ist das Vorkaufsrecht auf Miteigentumsverhältnisse an Grundstücken beschränkt: Meier-Hayoz, N 37 zu Art. 646, N 1 und N 39 f zu Art. 682; Leemann, N 3 und N 10 zu Art. 682; Wiederkehr, 35.

Allerdings gibt es gute Gründe auch für die gegenteilige Ansicht, die das gesetzliche Vorkaufsrecht des Art. 682 ZGB auch im Fahrnisrecht zulassen will. Dafür spricht jedenfalls die ratio des Miteigentümervorkaufsrechts (darüber Meier-Hayoz, N 11 zu Art. 682). Aber auch die systematische Stellung des Art. (er steht im Abschnitt, der Inhalt und Beschränkungen des *Grundeigentums* ordnet) liesse sich sehr wohl damit begründen, dass das Vorkaufsrecht allgemein (Art. 681 f) nur im Hinblick auf die *Vormerkung* im Titel über das Grundeigentum geregelt wurde.

und zu gebrauchen oder verbieten dem Inhaber des belasteten Grundstücks, sein Recht nach *gewissen* Richtungen hin auszuüben (Art. 730 I ZGB)[1]. Darin liegt die inhaltliche Schranke dieser Rechte, die das Eigentum vor völliger Entleerung schützen will[2].

Diese inhaltliche Fixierung des Rechts hat notgedrungen dessen Erstarrung zur Folge; es bildet eine «guaina immutabile»[3] und ist deshalb weit weniger geeignet als Nutzniessung und (die meisten) Wertrechte oder gar als obligatorische Rechte, sich ändernden Verhältnissen anzupassen[4]. Es setzt einen *bestimmten Anteilsinhalt* voraus, der ihm Lebenskraft spendet.

2. Aber auch die Grundlast, deren Leistungsinhalt sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstücks ergibt, fordert eine inhaltliche Konkretisierung des Anteils; denn dessen wirtschaftliche Natur ergibt sich aus der Gesamtheit der in ihm vorhandenen Befugnisse. Nur soweit diese mit genügender Sicherheit bekannt sind, ist ein Rückschluss auf den zulässigen Inhalt der Grundlastleistung überhaupt möglich. Diesen meines Erachtens wichtigen Gesichtspunkt, der sich aus der *obligatorischen* Komponente der Grundlast ergibt, übersieht, soweit ich zu sehen vermag, die gesamte Literatur.

II. Zuwenig weit gehende (gesetzliche) inhaltliche Bestimmtheit des gewöhnlichen Miteigentumsanteils

1. Die gesetzliche Umschreibung des Inhalts des gewöhnlichen Anteils ist sehr allgemein gehalten[5], so dass die Grenze zwischen den verschiedenen Rechtssphären schon durch blosse Änderung der Interessenlage der Beteiligten verschoben werden kann, und zwar ohne dass eine neue Nutzungs- und Verwaltungsordnung vereinbart werden müsste. Eine Befugnis, die heute noch von einem Beteiligten zu Recht ausgeübt wird, kann ihm morgen schon entzogen sein, weil deren Betätigung durch eben diesen Miteigentümer auf Grund veränderter Verhältnisse plötzlich «mit den Rechten der anderen» nicht mehr verträglich ist (Art. 648 I ZGB). Das ist eine Folge des Grundsatzes, wonach der Rechtskreis des einen nicht in der abstrakten Gebrauchsmöglichkeit, sondern in der tatsächlichen Verwendung der Sache durch die anderen seine Grenze findet[6]; und der tatsächliche Gebrauch wird sich aus den jeweiligen Interessen

[1] Liver, N 6 ff zu Art. 730.

[2] Liver, N 7 f zu Art. 730; Leemann, N 3 zu Art. 730, N 2 der Vorbem. zum 2. Abschnitt, N 1 zu Art. 749, N 2 und N 29 zu Art. 781; Rossel/Mentha, Manuel III, 7.
Für die Beseitigung dieser inhaltlichen Schranke Friedrich, Nutzungsdienstbarkeiten, 37 ff; dagegen Liver, Nachträge, N 15 zu Art. 730.

[3] Barassi, Proprietà e comproprietà, 736.

[4] Ders., a.a.O., 736; vgl. auch Art. 739 ZGB.

[5] § 7 III 3.

[6] Meier-Hayoz, N 16 zu Art. 648; Haab, N 4 zu Art. 648; Leemann, N 7 zu Art. 648.

der Beteiligten ergeben. Auf einen solchen, in der gesetzlichen Umschreibung sozusagen «dickflüssigen»[7], nicht starren Miteigentumsanteil lassen sich keine dinglichen Lasten legen, die einen festen Inhalt aufweisen und diesen auch auf der Seite des Belastungsobjekts voraussetzen.

Die Richtigkeit dieser theoretischen Aussage lässt sich leicht an einem Beispiel aufzeigen.

Man stelle sich eine gemeinschaftliche Liegenschaft vor, auf der eine Quelle entspringt, die, mangels Interesses seitens des einen, bloss vom zweiten der Genossen genutzt wird, ohne dass eine besondere Nutzungs- und Verwaltungsordnung vereinbart ist. Weiter sei angenommen, dass dieser zweite Genosse nun hingeht und seinen Anteil mit einem Quellenrecht belastet. Schliesslich sei unterstellt, dass sich nun die Verhältnisse beim anderen Beteiligten verändern – vielleicht, weil er auf einem ihm gehörenden Nachbargrundstück ein Haus baut. Es ist denkbar, dass der bauende Miteigentümer nun ebenfalls zu Recht Ansprüche auf die Quelle geltend macht, denn sie war ja durch keine Vereinbarung dem anderen zur ausschliesslichen Nutzung zugewiesen. Die tatsächliche und ausschliessliche Benutzung des Wassers durch den einen ist plötzlich «mit den Rechten» (Art. 648 I ZGB) des anderen nicht mehr verträglich, denn aus dem Umstande, dass der erstere über längere Zeit die Quelle für seine Zwecke verwendet hat, lässt sich – falls aus den gesamten Umständen nicht auf eine stillschweigend vereinbarte Nutzungs- und Verwaltungsordnung zu schliessen ist – kein «Prioritätsrecht» ableiten. Der Satz «prior tempore potior iure» kann in diesem Verhältnis nicht gelten, denn sonst würde der eben zitierte Art. 648 I ZGB, der nicht auf die Vorzeitigkeit, sondern auf «die Rechte» und mithin auf die Interessen der Genossen abstellt, seinen guten Sinn verlieren. Also wird sich eine neue Regelung der Quellbenutzung aufdrängen, die als wirkliche Nutzungsordnung die entsprechenden Befugnisse auf die beiden verteilen wird. Dadurch erfährt jeder Anteil eine bestimmte inhaltliche Konkretisierung. Aber der belastete Anteil erhält dabei (möglicherweise) nicht genügend auf die Benutzung der Quelle gerichtete Befugnisse, um das Quellenrecht zu «speisen». Dieser Umstand muss zwangsläufig zu Reibungen und Streitigkeiten führen, die zu verhindern oberstes Gebot der Rechtsordnung ist. Das kann nur dadurch geschehen, dass die Belastung des gewöhnlichen, durch keine Nutzungs- und Verwaltungsordnung besonders ausgestalteten Miteigentumsanteils mit inhaltlich fixierten beschränkten dinglichen Rechten ausgeschlossen wird.

2. Wenn aber der gewöhnliche Miteigentumsanteil nicht die nötige inhaltliche Konkretisierung aufweist, dann kann er auch unmöglich die Grundlage zur Bestimmung des Inhalts einer Grundlastleistung liefern. Wie sollte der eine zur Lieferung einer bestimmten Menge Kieses (in Form einer Grundlast) ver-

[7] Barassi, Proprietà e comproprietà, 730, spricht von der «fluidità» des Anteilsinhalts.

pflichtet werden, wenn es ungewiss bleibt, welchem der Miteigentümer das Kiesausbeutungsrecht zusteht? Ich halte daher, entgegen der einhelligen Lehrmeinung[8], die Belastung des gewöhnlichen, nicht besonders ausgestalteten Miteigentumsanteils mit Grundlasten, deren Leistungsinhalte sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Gegenstands ergeben, für ausgeschlossen.

III. Inhaltliche Fixierung durch Nutzungs- und Verwaltungsordnung

1. Gewöhnlicher Miteigentumsanteil

Die Miteigentümer haben die Möglichkeit, ihren Anteilen durch die Nutzungs- und Verwaltungsordnung eine bestimmte Gestalt zu verleihen, sie aus dem «dickflüssigen» Zustand in die (mehr oder weniger ausgeprägte) Erstarrung zu führen (Art. 647 ZGB). Sofern diese Vereinbarung den einzelnen Beteiligten wenigstens jene Befugnisse mit genügender Klarheit zuweist, die sie durch Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten Dritten einräumen wollen oder die für die Bestimmung der wirtschaftlichen Natur des Anteils herangezogen werden, entfällt die eben dargelegte Schwierigkeit. Die durch das Wesen der hier allein in Frage stehenden Rechte geforderte Fixierung des Anteilsinhalts ist alsdann hergestellt, so dass aus *dieser* Sicht kaum mehr Bedenken gegen eine Belastung des Anteils mit derartigen Rechten vorliegen. Insbesondere lässt sich unter dieser Voraussetzung nicht mehr geltend machen, die Ausübung dieser Rechte beeinträchtige die gemeinsame Benutzung der Sache durch alle Miteigentümer[9]. Der inhaltlichen Starrheit der Last auf der einen Seite entspricht dann eben eine (möglicherweise nicht vollständige) Fixierung des Anteilsinhaltes auf der anderen Seite.

2. Stockwerkeigentumseinheit

Der zu Stockwerkeigentum ausgestaltete Miteigentumsanteil ist, was seinen Inhalt betrifft, durch eine weitgehende gesetzliche Fixierung gekennzeichnet[10]. Den festen «Kern» bildet das «Sonderrecht», das die Befugnisse umschliesst, bestimmte Gebäudeteile ausschliesslich zu benutzen, zu verwalten und innen auszubauen (Art. 712 a ZGB). Daneben gibt es freilich auch gemeinschaftliche Bauteile, deren Benutzung und Verwaltung nicht in der gleichen Art und

[8] Vgl. die in Anm. 8 des § 10 angegebene Literatur; wie die herrschende Lehre auch LIVER, N 18 der Einleitung.

[9] Dieser Einwand findet sich bei LIVER, N 18 der Einleitung; an ihn anlehnend offenbar auch BGE *95* II 402; ebenso SÄNGER, 97.

[10] Vgl. auch § 7 III 3.

Weise und mit derselben Strenge den Beteiligten zugeschieden sind (Art. 712 b II und III ZGB). Das ist indessen unerheblich, denn die Belastung des Anteils mit den hier anvisierten Rechten verlangt ja keine *vollständige* inhaltliche Fixierung. Der nötige Grad der Bestimmtheit ist aber innerhalb des «Sonderrechts» zweifellos erreicht. Die besondere Voraussetzung, die für die Belastung des gewöhnlichen Miteigentumsanteils mit gewissen dinglichen Rechten aufgestellt wurde, ist im Stockwerkeigentumsrecht von Gesetzes wegen verwirklicht.

IV. Grundbuchliche Darstellung des Anteilsinhalts

1. Das Grundbuch als Einrichtung zur Darstellung rechtlicher Verhältnisse an Grundstücken

Das Grundbuch strebt Klarheit und zuverlässige Darstellung der rechtlichen Verhältnisse an Grundstücken an[11]; nur so kann es seine Publizitätsfunktion erfüllen. Insbesondere die Belastung eines Grundstücks mit inhaltlich fixierten Rechten oder mit der bekannten besonderen Grundlastart setzt eine sichere und feste Grundlage voraus, verlangt klare Verhältnisse am Belastungsgegenstand. Inhalt und Umfang des zu beschränkenden Rechts müssen aus dem Grundbuche selbst hervorgehen. Nur auf Grund sicherer, den Tatsachen entsprechender Angaben des Grundbuches vermag beispielsweise der Grundbuchführer zu entscheiden, ob die zur Eintragung angemeldete Grunddienstbarkeit oder Grundlast einen möglichen oder unmöglichen Inhalt aufweise, welch letzterer den Vertrag nichtig (Art. 20 I OR) und die Eintragung unmöglich machen würde (Art. 24 GBV). Würde man vom Erfordernis dieser festen Grundlage absehen, so könnten Rechte ins Leben gerufen werden, für deren Ausübung selbst die tatsächlichen Voraussetzungen fehlten und die also von vornherein lebensunfähig wären. Die Folge davon wären gerade Unklarheit und unzuverlässige Darstellung der rechtlichen Verhältnisse an Grundstücken.

Wenn nicht Liegenschaften, sondern Rechte Belastungsgegenstände sind (beispielsweise selbständige und dauernde, in das Grundbuch aufgenommene Rechte oder Miteigentumsanteile), so ist auch hier diese sichere Grundlage nur gegeben, wenn der *Inhalt* dieser Rechte aus dem Grundbuche selbst ersichtlich ist, wenn dieser also nicht aussergrundbuchlich, durch blosse Parteiabrede, verändert werden kann. Selbständige und dauernde Rechte i. S. des Art. 943 I Ziff. 2 ZGB entstehen, abgesehen von den Ausnahmen, die hier nicht näher in-

[11] Huber, Sachenrecht, 10 f; Ostertag, N 2 der Vorbem. zum 25. Titel; Homberger, N 1 der Vorbem. zum 25. Titel; Liver, N 69 zu Art. 730.

teressieren[12], erst durch Eintragung ins Grundbuch oder, wo die eidgenössische Publizitätseinrichtung fehlt[13], durch Erfüllung der kantonalen Formvorschriften[14]. Dadurch wird der Inhalt dieser Rechte nach Massgabe des Art. 738 ZGB feststellbar. Werden sie ins Grundbuch aufgenommen und somit im Rechtsverkehr den Grundstücken gleichgestellt, erhalten sie zusätzlich eine «Liegenschaftsbeschreibung» (Art. 9 GBV). Damit ist die gewünschte und notwendige Klarheit für ihre Belastung gegeben.

2. Unmöglichkeit, den Inhalt des durch Nutzungs- und Verwaltungsordnung ausgestalteten gewöhnlichen Miteigentumsanteils grundbuchlich darzustellen

Die besonderen Befugnisse, die dem einzelnen Miteigentümer durch Nutzungs- und Verwaltungsordnung zugewiesen werden, entstehen nicht durch Grundbucheintrag; ihre Ausscheidung wird mittels blosser Parteiabrede rechtswirksam. Diese bedarf nicht einmal einer besonderen Form[15]; sie kommt mithin auch mündlich, ja selbst durch konkludentes Verhalten zustande (Art. 647 ZGB in Verb. mit Art. 11 OR). Aber auch eine von den Miteigentümern für die Aufstellung und Abänderung der Nutzungs- und Verwaltungsordnung vertraglich vorbehaltene Form i. S. des Art. 16 OR würde nichts an der Tatsache ändern, dass der Anteil seine besondere Gestalt nicht durch einen Buchvorgang, sondern lediglich durch Parteiabrede, aussergrundbuchlich, erhält; dass infolgedessen die Publizitätseinrichtung niemals mit genügender Sicherheit den konkreten Anteilsinhalt zum Ausdruck bringen kann. Daran ändert auch die in Art. 647 I ZGB vorgesehene Anmerkung[16] der Nutzungs- und Verwaltungsordnung nichts, denn die Anmerkung hat nicht konstitutive, sondern lediglich deskriptive Wirkung[17]. Sie dient zwar auch dem Publizitätsgedanken[18], aber nur insoweit, als der Veräusserer des Anteils im Umfange der

[12] Über das System der Bestimmungen über die Entstehung der beschränkten dinglichen Rechte an Grundstücken und insbesondere auch über den aussergrundbuchlichen Erwerb solcher Rechte vgl. Liver, N 1–46 zu Art. 731.

[13] Über die kantonalen Publizitätseinrichtungen mit Grundbuchwirkungen i. S. des ZGB und über solche ohne vollständige Grundbuchwirkungen vgl. Art. 46 und Art. 48 SchlT und den Kommentar Mutzner dazu; Homberger, N 32 ff der Vorbem. zum 25. Titel; Ostertag, N 31 ff der Vorbem. zum 25. Titel; Jagmetti, 335 ff.

[14] Art. 46 und Art. 48 I und II SchlT; Homberger, N 40 und N 44 der Vorbem. zum 25. Titel; Ostertag, N 31 ff der Vorbem. zum 25. Titel; Jagmetti, 336 f.

[15] Meier-Hayoz, N 32 zu Art. 647.

[16] Diese muss auch dort und mit gleicher Wirkung möglich sein, wo lediglich kantonale Publizitätseinrichtungen i. S. von Art. 46 und Art. 48 SchlT vorliegen: Homberger, N 41 und N 46 der Vorbem. zum 25. Titel; Ostertag, N 35 der Vorbem. zum 25. Titel; Mutzner, N 13 zu Art. 47 und N 12 f zu Art. 48.

[17] Homberger, N 30 zu Art. 946; Ostertag, N 24 zu Art. 946; Liver, Anmerkung, 10 ff, insbesondere 12; Meier-Hayoz, N 38 zu Art. 647.

[18] Homberger, N 30 zu Art. 946.

Anmerkung von der ihm obliegenden Aufklärungspflicht gegenüber dem Erwerber befreit ist[19]. Aber dieses grundbuchliche Institut bietet keine Gewähr dafür, dass die tatsächlich geltende Nutzungs- und Verwaltungsordnung der angemerkten auch entspricht, denn es gibt keine gesetzliche Bestimmung, die auch jede Änderung der angemerkten Vereinbarung anmerkungspflichtig erklären würde. Zudem greift der Schutz des in Art. 973 ZGB statuierten guten Glaubens im Bereiche der Anmerkung nicht Platz[20].

Ich sehe keine Möglichkeit, in den (eidgenössischen oder kantonalen) Publizitätseinrichtungen einen bestimmt fixierten Anteilsinhalt des gewöhnlichen Miteigentums mit genügender Sicherheit zum Ausdruck zu bringen. Damit ist aber gesagt, dass die notwendige sichere Grundlage für die Belastung dieser Anteile mit inhaltlich fest umschriebenen beschränkten dinglichen Rechten und mit Grundlasten, deren Leistungsinhalte sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Gegenstands ergeben, fehlt. Wesen des Miteigentums und Grundbuchprinzipien stossen hier unversöhnlich aufeinander; den letzteren ist jedoch, im Interesse der Rechtssicherheit, der Vorrang einzuräumen.

Indessen ist nichts einzuwenden, wenn der Anteilsinhaber seinen Gegenstand einem Dritten auf Zusehen hin in einer Weise benutzen lässt, die dem Inhalt eines der hier ins Auge gefassten Rechte entspricht (*prekaristische Gestattung*[21]); und ebensowenig liegt etwas vor gegen die *obligatorische* Einräumung eines Rechts mit gleichem Inhalt[22], eine Form, die, vor allem mittels besonderer Klausel, ermöglicht, den späteren Modifikationen des Anteilsinhalts ohne Schwierigkeiten und Komplikationen Rechnung zu tragen[23].

Es zeigt sich, dass Wohnrecht, Quellenrecht, Grunddienstbarkeiten und die «anderen Dienstbarkeiten» i.S. des Art. 781 ZGB nicht auf den gewöhnlichen Miteigentumsanteil gelegt werden können, und zwar auch dann nicht, wenn dieser durch Nutzungs- und Verwaltungsordnung einen besonderen Inhalt erhalten hat[24]. Aber auch Grundlasten, deren Leistungsinhalte sich aus der wirt-

[19] Meier-Hayoz, N 38 zu Art. 647; Friedrich, Stockwerkeigentum und Grundbuch, 351.

[20] Ostertag, N 24 zu Art. 947; Homberger, N 30 zu Art. 946; Meier-Hayoz, N 39 zu Art. 647; Friedrich, a.a.O., 350 ff. Über die Folgen der Unterlassung der Anmerkung Friedrich, a.a.O., 350.

[21] Dazu Liver, N 59 zu Art. 730.

[22] Über Dienstbarkeiten und obligatorische Rechte gleichen Inhalts Liver, N 129 ff der Einleitung.

[23] Barassi, Proprietà e comproprietà, 736; anders Haab, N 12 zu Art. 646.

[24] Unter dieser Voraussetzung halten Liver, N 12 der Einleitung und N 22 zu Art. 730 und, beschränkt auf den usus und auf die abitazione, auch Pescatore/Albano/Greco, Commentario III/3, 63 f, eine Anteilsbelastung mit solchen Rechten für möglich. Ohne weitere Begründung und allgemein für die Zulassung der Anteilsbelastung Liver, Stockwerkeigentum, 69; Baudry-Lacantinerie/Chauveau, 192.

Cosack, Lehrbuch II, 394 f, lässt solche Anteilsbelastungen zu, weil er auch diese Rechte für teilbar hält. Für Branca, Commentario III/2, 129 f, sind der usus und die abitazione teilbar (allerdings spielt auch der Gedanke einer vertraglichen Ausscheidung der verschiedenen Befugnisse in die Argumentation hinein); sie können deshalb auf den Anteil als Last gelegt

schaftlichen Natur des belasteten Gegenstands ergeben, erträgt dieser Anteil, entgegen der einhelligen Lehrmeinung[25], nicht. Das sind zunächst alle Personalgrundlasten[26]; sodann aber auch ein Teil der Realgrundlasten[27], nämlich jene, die in der eben umschriebenen Art und Weise ausgestaltet sind.

Aus den dargelegten Überlegungen geht hervor, dass auf einem gewöhnlichen Miteigentumsanteil niemals eine unablösbare privatrechtliche Grundlast i.S. des Art. 788 III ZGB ruhen kann. Diese setzt die Verbindung mit einer unablösbaren Dienstbarkeit[28] voraus. Der enge Zusammenhang zwischen Grundlast und Dienstbarkeit, der diese Verbindung rechtfertigt, ist nur dann vorhanden, wenn beide Rechte das gleiche Grundstück, also den gleichen Anteil, belasten[29]. Handelt es sich um eine persönliche Dienstbarkeit, so kann diese auch nur mit einer Personalgrundlast verbunden werden. Privatrechtliche Personalgrundlasten lassen sich jedoch zu Lasten des gewöhnlichen Anteils nicht errichten. Nur Realgrundlasten liessen sich demnach in eine solche Verbindung bringen; aber als «Partner» kommen nur Grunddienstbarkeiten in Betracht. Diese vertragen sich aber, wie bereits dargelegt, ihrerseits nicht mit dem Anteil, so dass auch diese Ehe scheitern muss.

Hingegen ist es denkbar, dass die öffentlich-rechtliche Personalgrundlast mit der persönlichen Dienstbarkeit Arm in Arm einhergeht. Allerdings lässt sich, nach den bisherigen Darlegungen, von den Dienstbarkeiten nur gerade die Nutzniessung auf den Anteil legen. Ob aber mit der Nutzniessung eine Grundlast unlösbar verbunden werden könne, ist eine Frage, die hier nicht weiter zu verfolgen ist. Jedenfalls stellt das Wesen des Anteils einer solchen Verbindung keine Hindernisse in den Weg.

3. Grundbuchliche Darstellung des Inhalts der Stockwerkeigentumseinheit

a) Die grundbuchliche Behandlung des Stockwerkeigentums unterscheidet sich in grundsätzlicher Art und Weise von derjenigen des gewöhnlichen Miteigentums. Stockwerkeigentum entsteht durch Eintragung ins Grundbuch (Art. 712 d I ZGB). Nicht der eigentliche Inhalt des Anteils, sondern nur die Tatsache der besonderen Ausgestaltung geht daraus hervor. Der besondere Inhalt ist indessen im Gesetz umschrieben; aus ihm geht er hervor, und das genügt[30].

werden; aber BRANCA übersieht nicht die «vita precaria» des Wohnrechts an einem derart veränderlichen Objekt.

[25] Vgl. die in Anm. 8 des § 10 angegebene Literatur; wie die herrschende Lehre auch LIVER, N 18 der Einleitung.

[26] Zu ihren möglichen Inhalten LEEMANN, N 44 ff zu Art. 782.

[27] Zu ihren möglichen Inhalten LEEMANN, N 50 ff zu Art. 782.

[28] Der Gesetzestext, der von der «Grunddienstbarkeit» spricht, ist zu eng: LEEMANN, N 14 zu Art. 788; LIVER, N 219 zu Art. 730.

[29] BGE *93* II 76 ff; dazu die zustimmende Besprechung LIVERS, ZBJV *105* (1969) 15.

[30] LIVER, Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, 184; Botschaft, 1497 ff.

Die wesentlichen Befugnisse eines jeden Stockwerkeigentümers sind jedoch räumlich begrenzt (Art. 712 a und Art. 712 b ZGB). Daher müssen «räumliche Lage, Abgrenzung und Zusammensetzung der Stockwerkeinheiten ... im Begründungsakt klar und bestimmt angegeben sein» (Art. 33 b I GBV; vgl. auch Art. 33 c I GBV)[31], bevor Stockwerkeigentum eingetragen wird.

Auf Grund dieser Angaben ist es möglich, aus dem Grundbuch den wesentlichen Inhalt der StWE herauszulesen[32]. Dem Publizitätsgedanken ist Genüge getan. Die hiervor ins Feld geführten Argumente gegen die Belastung des gewöhnlichen Miteigentumsanteils mit inhaltlich fixierten beschränkten dinglichen Rechten und mit Grundlasten, deren Leistungsinhalte sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstücks ergeben, haben hier – im Umfange des gesetzlich umschriebenen Sonderrechts – keine Berechtigung mehr. Aber nebst den sich aus dem Sonderrecht ergebenden Befugnissen können dem Stockwerkeigentümer auch noch solche zustehen, die aus dem Reglement (Art. 712 g III ZGB) fliessen[33]. Man denke sich beispielsweise, dass einem Beteiligten reglementarisch der (einen gemeinschaftlichen Teil bildende: Art. 712 b II Ziff. 1 ZGB) Garten zur ausschliesslichen Benutzung zugewiesen ist[34]. Die so zugeschiedenen Befugnisse sind aus dem Gesetze nicht ersichtlich, denn sie gehören nicht zum Komplex des «Sonderrechts». Und auch sonst gehen sie aus dem Grundbuch niemals mit genügender Sicherheit hervor. Das Reglement wird, grundbuchlich, nicht anders behandelt als die Nutzungs- und Verwaltungsordnung des gewöhnlichen Miteigentums; ihm haften deshalb auch die gleichen Mängel an: Es kann, muss jedoch nicht angemerkt werden (Art. 712 g III ZGB)[35], und seine Abänderung ist durch blossen Willensakt der Beteiligten möglich, der nicht einmal der Einstimmigkeit bedarf.

Aus diesen Überlegungen zeichnet sich eine Einschränkung der Belastungsmöglichkeit der StWE mit inhaltlich fixierten beschränkten dinglichen Rechten

[31] Vgl. auch Botschaft, 1498.

[32] Über die räumliche Veränderung einer StWE § 12 II 1.

[33] Hier wird das Reglement in einem *materiellen* Sinn verstanden. Bestimmungen, die ihrem Wesen nach reglementarische sind, können durchaus im *Begründungsakt* enthalten sein. Diese Tatsache ändert jedoch ihren Charakter keineswegs. Das wird in Art. 712 g III ZGB mit der Bestimmung hervorgehoben, dass das Reglement selbst dann in einem erleichterten Verfahren abgeändert werden könne, wenn es im Begründungsakt aufgestellt worden sei.

Zum notwendigen und fakultativen materiellen Inhalt des Begründungsaktes FRIEDRICH, Praktische Fragen, 323 ff und 331; ders., Reglement, N 1 ff zu § 55.

Bestimmungen, die die Benutzung und Verwaltung von Räumen und Flächen, die nicht zu Sonderrecht ausgeschieden sind, regeln – und davon soll hiernach im Text die Rede sein –, solche Bestimmungen bilden materiell Gegenstand des Reglements, nicht des Begründungsaktes. Das ergibt sich aus Art. 712 g III ZGB. Über das Verhältnis zwischen Reglement und Begründungsakt vgl. FRIEDRICH, Praktische Fragen, 328 ff.

[34] Zu dieser Möglichkeit FRIEDRICH, Reglement, N 11 zu § 2; ders., Praktische Fragen, 333.

[35] FRIEDRICH, Praktische Fragen, 330; ders., Reglement, N 1 ff zu § 54.

ab: Nur solche Befugnisse können einem Dritten eingeräumt werden, die in der gesetzlichen Umschreibung – und deshalb erkennbar – das «Sonderrecht» ausmachen, nicht jedoch jene, die dem einzelnen lediglich kraft Reglements – und somit nicht mit genügender Sicherheit erkennbar – zugeschieden sind. Ebenso ist für die Bestimmung der wirtschaftlichen Natur der StWE, wenn es um deren Belastung mit Grundlasten geht, nur gerade dieser feste Kern von Befugnissen heranzuziehen; immerhin muss dabei auch die in der Regel reglementarisch fixierte Zweckbestimmung des gemeinsamen Gebäudes mitberücksichtigt werden.

b) Diese Ausführungen sind insbesondere von Bedeutung für die Beantwortung der Frage, ob zu Lasten einer StWE ein Quellenrecht errichtet werden könne. Es ist ja durchaus denkbar, dass auf der gemeinsamen Liegenschaft eine Quelle emporquillt, deren Nutzung einem einzigen Genossen zugeteilt wird. Diese Zuordnung ist jedoch Gegenstand des Reglements. Zum gesetzlichen Inhalt des besonders ausgestalteten Anteils gehört niemals ein Quellenbenutzungsrecht. Dieses liegt ausserhalb des «Sonderrechts», das lediglich die Möglichkeit verleiht, bestimmte *Teile eines Gebäudes*[36] ausschliesslich zu benutzen, innen auszubauen und zu verwalten (Art. 712 a I und II ZGB). Wenn also die vorstehenden Gedanken richtig sind, dann ergibt sich daraus, dass auf der StWE niemals ein Quellenrecht ruhen kann. Aber auch die Belastung der StWE mit Weiderechten und Holzrechten, mit Rechten zur Ausbeutung von Bodenbestandteilen und mit dem Verbot, Holz zu schlagen[37], ist ausgeschlossen; denn all diese Befugnisse könnten dem Stockwerkeigentümer nur kraft Reglements zugeordnet werden.

c) Nach den bisherigen, allerdings noch nicht abschliessenden Darlegungen erträgt die StWE nicht nur alle Arten der Grundlasten, sondern auch die Mehrzahl der Dienstbarkeiten. Deshalb ist es denkbar, dass zu ihren Lasten sowohl eine unablösbare Personalgrundlast in Verbindung mit einer persönlichen Dienstbarkeit als auch eine Realgrundlast in Verbindung mit einer Grunddienstbarkeit tritt.

V. In der Nutzungs- und Verwaltungsordnung festgelegte unentziehbare Befugnisse

Die Nutzungs- und Verwaltungsordnung vermag – unter bestimmten Voraussetzungen – Wirkungen zu entfalten, die jenen dinglicher Rechte ähnlich sind. Das trifft dann zu, wenn das «Statut» nur einstimmig vereinbart, abge-

[36] Und dazu gehört keine Quelle, sowenig wie der Boden der Liegenschaft dazu gehören kann: Art. 712 b II Ziff. 1 ZGB.

[37] Über diese Rechte Liver, N 167 ff zu Art. 730.

ändert oder aufgehoben werden kann. Diese Einstimmigkeit ist vorgesehen in Art. 647 I ZGB – es ist dort die Rede von «vereinbaren», also von Verträgen[38] – für das gewöhnliche Miteigentum, nicht jedoch im Stockwerkeigentumsrecht, wo das Reglement, mit Ausnahmen (Art. 712 g I und II ZGB), schon mit der Mehrheit nach Personen und Anteilen aufgestellt und abgeändert werden kann (Art. 712 g III ZGB). Es besteht jedoch die Möglichkeit, einzelne, besonders wichtige Reglementsbestimmungen dem Einstimmigkeitsprinzip oder wenigstens der Zustimmung der interessierten Beteiligten zu unterwerfen[39]. Ist dies geschehen, so können dem Berechtigten die entsprechenden Befugnisse auch nur mit seiner Zustimmung entzogen werden; und zum Schutze seines Rechtes sind ihm sowohl nach innen als auch nach aussen die dinglichen Verteidigungsmittel in die Hand gelegt[40].

Diese Möglichkeit schwächt das praktische Bedürfnis nach der Regelung der internen Beziehungen durch das Mittel der beschränkten dinglichen Rechte erheblich ab. Immerhin ist zu beachten, dass das Reglement einer Gemeinschaft von beispielsweise dreissig Beteiligten eine unerwünschte Komplizierung und Anschwellung erfahren würde, falls darin alle Einzelwünsche in der hiervor geschilderten Art und Weise berücksichtigt würden. Zudem funktioniert der dargelegte Mechanismus nur im Innen-, nicht jedoch im Aussenverhältnis. In solchen Fällen hat die Frage, ob eine StWE beispielsweise mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden könne, nach wie vor praktische Bedeutung.

VI. Rechtsvergleichende Betrachtungen zu den bisherigen Ergebnissen

1. Belastung der «Stockwerkeigentumseinheit» nach ausländischen Rechtsordnungen

a) Es werden hier – bevor die Betrachtungen über die Belastbarkeit der StWE zu Ende sind – deshalb einige rechtsvergleichende Hinweise eingeschoben, weil diese zeigen, dass das jedem Stockwerkeigentümer zugeordnete ausländische «Sondereigentum» praktisch kaum andere Befugnisse vermittelt als das schweizerische «Sonderrecht». So ist es denn auch verständlich, dass die Frage nach der Belastbarkeit der StWE zumindest vereinzelt ähnlich beantwortet wird wie hier auf Grund der vorläufigen Ergebnisse.

b) Die *deutsche Rechtswissenschaft* geht, wenigstens vorherrschend, von einer anderen theoretischen Konstruktion des Stockwerkeigentums – dort

[38] Vgl. auch Meier-Hayoz, N 29 ff zu Art. 647.

[39] Friedrich, Reglement, N 11 zu § 2 und § 36; ders., Praktische Fragen, 332; Huber, Hans, ZBGR *48* (1967) 190.

[40] § 7 V.

Wohnungseigentum oder, an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen eines Gebäudes, Teileigentum genannt (§ 1 WEG) – aus als der schweizerische Gesetzgeber.

Das Wohnungseigentum[41] ist eine (unlösbare) Verbindung des Sondereigentums an einer Wohnung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört[42]. Die Hauptsache bildet der Miteigentumsanteil, das Sondereigentum ist sein «Anhängsel»[43]. Das Wohnungseigentum wird somit, und das ist für die Frage nach seiner Belastbarkeit mit beschränkten dinglichen Rechten von Bedeutung, durch zwei Eigentumssphären bestimmt: die eine ist «ideell» – das Miteigentum (in dieser Arbeit wird diese Vorstellung, wie schon dargelegt, abgelehnt) –, die andere real – das Sondereigentum an bestimmten Räumen eines Gebäudes[44]. Einerseits erträgt der durch das Sondereigentum besonders ausgestaltete («ideelle») Anteil[45] natürlich alle Belastungen, denen auch ein gewöhnlicher Miteigentumsanteil unterworfen werden kann[46,47]. Andererseits bildet, immer nach der deutschen Lehre, die reale Komponente – das Sondereigentum – die Grundlage für die Ausübung noch weiterer beschränkter dinglicher Rechte, insbesondere solcher, die eben ein reales Substrat erheischen. Als Beispiele werden insbesondere das dingliche Wohnungsrecht[48] (§ 1093 BGB) und das Dauerwohnrecht[49,50] (§ 31 ff

[41] Der Einfachheit halber ist im folgenden nur noch vom Wohnungseigentum die Rede. Es versteht sich jedoch, dass die Gedanken auch für das Teileigentum gelten, denn zwischen Wohnungseigentum und Teileigentum besteht kein sachlicher Unterschied: § 1 II und III WEG.

RGRK/Pritsch, N 7 der Einleitung zum WEG, fasst das Wohnungs- und das Teileigentum zum Oberbegriff «Raumeigentum» zusammen.

[42] § 1 II WEG; Weitnauer/Wirths, 31 ff; Sörgel/Siebert/Baur, N 1 zu § 1 WEG (mit weiterer Literaturangabe); RGRK/Pritsch, N 3 ff zu § 1 WEG; BGHZ *49* 250.

Für Staudinger/Ring, N 9 zu § 1 WEG, bildet das Wohnungseigentum ein neues dingliches Recht.

Über die Theorie Bärmanns vgl. Anm. 37 des § 7.

[43] BGHZ *49* 250; Weitnauer/Wirths, 33 f; Sörgel/Siebert/Baur, N 1 zu § 1 WEG; Staudinger/Ring, N 9 zu § 1 WEG; RGRK/Pritsch, N 1 zu § 3 WEG.

[44] Sörgel/Siebert/Baur, N 1 zu § 1 WEG; Staudinger/Ring, N 8 zu § 1 WEG, N 12 zu § 3 WEG; Weitnauer/Wirths, 60; RGRK/Pritsch, N 3 zu § 1 WEG, N 10 zu § 3 WEG.

Über den Gegenstand des Sondereigentums vgl. Weitnauer/Wirths, 67 ff.

[45] Diese Formulierung, die stark an die Definition des schweizerischen Stockwerkeigentums erinnert, findet sich bei Weitnauer/Wirths, 31; Sörgel/Siebert/Baur, N 1 zu § 1 WEG; Staudinger/Ring, Bem. A I zu § 3 WEG; RGRK/Pritsch, N 4 zu § 1 WEG. Vgl. auch Liver, Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, 160, Anm. 24.

[46] Weitnauer/Wirths, 57; Staudinger/Ring, Bem. A III 2 zu § 3 WEG; Sörgel/Siebert/Baur, N 14 zu § 3 WEG; Baur, Lehrbuch, 253; RGRK/Pritsch, N 10 zu § 3 WEG.

[47] Die herrschende Lehre dazu § 10 I 2 mit der dort zitierten Literatur.

[48] Weitnauer/Wirths, 60; Staudinger/Ring, Bem. A III 3 zu § 3 WEG; Sörgel/Siebert/Baur, N 14 zu § 3 WEG; RGRK/Pritsch, N 10 zu § 3 WEG.

[49] Weitnauer/Wirths, 60; Sörgel/Siebert/Baur, N 14 zu § 3 WEG; RGRK/Pritsch, N 10 zu § 3 WEG.

[50] Das Dauerwohnrecht unterscheidet sich vom dinglichen Wohnungsrecht vor allem dadurch, dass es veräusserlich und vererblich ist: § 31 und § 33 WEG; Sörgel/Siebert/Baur, N 4 der Vorbem. vor § 1 WEG.

WEG) angeführt. Diese zwei Rechte stehen indessen nur als Vertreter der Kategorie der Dienstbarkeiten da, und so sagt denn BÄRMANN[51] ausdrücklich und allgemein, dass am Wohnungseigentum alle Arten von beschränkten dinglichen Rechten errichtet werden können. Die Schranke für die Begründung solcher, deren Ausübung eine «reale Grundlage» fordert, liegt offenbar im Inhalt des Sondereigentums; nur soweit dessen «tatsächliche Herrschaftsmöglichkeit»[52] reicht, lassen sich diese Befugnisse durch Errichtung eines beschränkten dinglichen Rechts einem Dritten einräumen.

An diesem Punkte berühren sich die in dieser Arbeit bis anhin entwickelten Gedanken mit der deutschen Lehre: Für uns gehört der Anteil nicht der Welt des Ideellen, sondern des Realen an, und ein jeder beinhaltet Benutzungsbefugnisse, Befugnisse, die eine körperliche Einwirkung ermöglichen[53]. Im Stockwerkeigentum sind sie (zu einem guten Teil) räumlich gebündelt und gesetzlich festgehalten und erscheinen unter der Bezeichnung des «Sonderrechts». Dieses bildet die «reale Grundlage» für die Ausübung inhaltlich fixierter beschränkter dinglicher Rechte. Aber der Inhalt dieses schweizerischen «Sonderrechts» ist, wenigstens in den praktischen Auswirkungen, kaum ein anderer als jener seines deutschen Bruders «Sondereigentum»[54].

c) § 1 I des *österreichischen* WEG definiert das Wohnungseigentum als «das dem Miteigentümer einer Liegenschaft eingeräumte Recht auf ausschliessliche Nutzung und alleinige Verfügung über bestimmte Wohnungen und Geschäftsräume». Obschon diese Umschreibung jener des Art. 712 a ZGB sehr nahe kommt, sprechen sowohl Gesetz[55] als auch Doktrin[56] von *zwei verschiedenen Rechten,* die untrennbar miteinander verbunden sind: einerseits der (ideelle) Miteigentumsanteil, andererseits das Wohnungseigentum. Für KLANG ist das (so verstandene) Wohnungseigentum sogar eine neue Art von Grunddienstbarkeit[57], die auf den Anteilen der übrigen Miteigentümer

[51] WEG, 214; ebenso die Justizministerialbegründung zu § 5 des Entwurfes 4707/50, wiedergegeben bei BÄRMANN, WEG, 211 f. Das WEG selber spricht in § 6 ganz allgemein und ohne nähere Präzisierung von der Belastung, und zwar nur in dem Sinne, dass das Sondereigentum nicht ohne den Miteigentumsanteil, zu dem es gehört, belastet werden könne.

[52] STAUDINGER/RING, Bem. A III 3 zu § 3 WEG.

[53] § 7 III 3.

[54] Vgl. Art. 712 I und II ZGB mit § 13 WEG. Bezeichnend ist die Äusserung LIVERS, Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, 185: «Aber zu *Sondereigentum* wird das in dieser Weise sonderrechtlich ausgestaltete Miteigentum nicht. Es besteht auch kein sachlicher Grund, es dazu machen zu wollen, denn der Stockwerkeigentümer erhält dadurch keine Befugnis mehr und keine weniger.»

[55] § 3 WEG, 1. Satz: «Das Wohnungseigentum ist mit dem Miteigentumsanteil untrennbar verbunden.»

[56] BOROTHA, 20 (vgl. jedoch die Ausführungen auf Seite 9 f); OBERNDORFER, 26; WEISS, Juristische Blätter, Nr. 19 (1948), 469 ff (zitiert bei BOROTHA, 10, Anm. 2 a); KLANG, Kommentar III, 1162 f; WEGMANN, 343.

[57] A.a.O., 1163. Ähnlich auch OBERNDORFER, 15: «Das Wohnungseigentum ähnelt einer Dienstbarkeit zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines bestimmten Liegenschaftsanteils.»

lastet[58] und offenbar, wie BOROTHA[59] ausführt, mit dem einen Anteil subjektivdinglich verknüpft ist.

Wie steht es nun mit der Belastbarkeit dieses Gebildes? In § 3 des Gesetzes[60] ist nur ganz allgemein auf sie Bezug genommen, und die (allerdings kurzen) Kommentare sprechen nur von der Hypothek[61] und von der Dienstbarkeit des Fruchtgenusses[62]. Es ist schwer auszumachen, ob diese Rechte lediglich Beispiele aus der Kategorie der beschränkten dinglichen Rechte sind; denn auch das österreichische Stockwerkeigentum weist immerhin eine «reale Komponente» auf. Wahrscheinlicher ist, dass unter den Autoren selbst über die Frage der Belastbarkeit der neuen Einheit Unsicherheit herrscht, so dass sie nur jene Rechte anführen, die ohne grosse Bedenken mit dem Wesen des neuen Gebildes verträglich sind.

d) Auch das Stockwerkeigentum des *italienischen* Rechts (art. 1117–1139 Ccit: Del condominio negli edifici) ist eine Verbindung zwischen Sondereigentum an Wohnungen oder einzelnen Räumen und dem Miteigentumsanteil an den gemeinschaftlichen Bauteilen[63, 64]. Aber anders als in Deutschland gilt hier das Sondereigentum, «la proprietà separata e esclusiva», als die Hauptsache, zu welcher der Miteigentumsanteil als Nebensache hinzutritt[65]. Trotzdem erfahren die Fragen, die sich aus dem Sondereigentum ergeben, in den italienischen Kommentaren eine eher knappe Behandlung[66]. Das mag daher rühren, dass sich das Gesetz selbst im wesentlichen darauf beschränkt, die Verhältnisse an den gemeinschaftlichen Teilen zu regeln[67]. Und so findet sich denn auch, soweit ich zu sehen vermag, keine endgültige Äusserung darüber, ob und gegebenenfalls mit welchen beschränkten dinglichen Rechten die StWE belastet werden könne. Immerhin ist hin und wieder die Rede von einer «servitù a favore o a danno dei singoli piani»[68]. Zudem wird darauf hingewiesen, dass

[58] A.a.O., 1162. Diese Konstruktion ist allerdings nicht frei von Widersprüchen, denn der Miteigentumsanteil ist, nach KLANG, ideeller Natur und erträgt keine Belastung mit Grunddienstbarkeiten (N 2 zu § 829, N II 1 a zu § 485). Wie soll hier eine Ausnahme gemacht werden und durch was lässt sie sich rechtfertigen?

Eine ähnliche Konstruktion wurde vor der Gesetzesrevision in der Schweiz gewählt, um altrechtliches, kantonales Stockwerkeigentum in das neue Recht des ZGB zu überführen, oder um neues, sogenannt uneigentliches Stockwerkeigentum zu begründen. Darüber § 15 I 1 a.

[59] 20.

[60] § 3 WEG, 2. Satz: «Es [das Wohnungseigentum] kann nur mit diesem [dem Miteigentumsanteil] zusammen beschränkt, belastet ... werden.»

Ebenso allgemein ist die Äusserung bei KLANG, Kommentar III, 1173, gehalten.

[61] BOROTHA, 20; OBERNDORFER, 26.

[62] OBERNDORFER, 25.

[63] VISCO, 55 ff; PERETTI-GRIVA, 35 ff; SALIS, 1 ff.

[64] Stockwerkeigentum ohne Miteigentum besteht, wie in der Botschaft, 1478, ausgeführt wird, nirgends.

[65] Das wird besonders eindringlich von VISCO, 57 ff, zum Ausdruck gebracht.

[66] Darauf weist VISCO, 57, 153, hin.

[67] Vgl. art. 1117–1139 Ccit und VISCO, 59, 153.

[68] PESCATORE/ALBANO/GRECO, Commentario III/3, 211; BRANCA, Commentario III/2, 320: «Ne deriva che gli oneri gravanti su un piano a esclusivo beneficio dell'altro ... costituiscono servitù vere e proprie.»

das dem einzelnen zustehende Sondereigentum auch die «libera disponibilità» über dieses Recht enthalte; allerdings wird nicht gesagt, ob darunter, in diesem besonderen Zusammenhang, auch die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten zu verstehen sei[69, 70]. Es ist aber wahrscheinlich, dass die Bearbeiter, nicht anders als das Gesetz selbst, hinsichtlich dieser Frage stillschweigend auf die allgemeinen Lehren des Eigentums verweisen[71]. Daraus würde sich, ähnlich wie nach der deutschen Lehre, auch für das italienische Recht ergeben, dass die einzelne StWE mit allen Arten beschränkter dinglicher Rechte belastbar ist. Insbesondere wird anerkannt, dass die StWE nicht nur eine «ideelle», sondern auch eine reale Komponente umschliesst; und das ist – nach der auch in Italien herrschenden Lehre – für die Belastung eines Gegenstands mit dem «uso», mit der «abitazione» und mit der «servitù» von Bedeutung. «Infatti non è che il condomino abbia una quota ideale dell'intero edificio, come si verifica nella *communio pro indiviso,* perchè egli ha una *quota reale,* che è quella rappresentata dal suo appartamento o dai suoi locali di negozio[72].»

e) Ähnliche Schlussfolgerungen hat man auch in der neuen Literatur *Frankreichs* gezogen. Auch dort bildet die StWE (le lot) eine untrennbare Verbindung zwischen Sondereigentum und Miteigentum[73]. In einzelnen Bestimmungen ist die Rede von der Hypothek, von der Nutzniessung, vom dinglichen Gebrauchsrecht (usage) und vom Wohnrecht an einem «lot» (art. 19 I der L. nº 65–577 du 10 juillet 1965 fixant le statut de la copropriété des immeubles bâtis und art. 6 I des Décret nº 67–223 du 17 mars 1967). Ihre Aufzählung findet sich auch in der Doktrin[74]. Aber wie steht es mit der «servitude»? Die Rechtswissenschaft hat offenbar Hemmungen, auch sie zum Arsenal der möglichen beschränkten dinglichen Rechte an einem «lot» zu zählen, obschon erwähnt wird, dass der Stockwerkeigentümer «dispose de son lot de la manière la plus absolue[75]», dass er «pourra procéder à son [du lot] démembrement»[76, 77]. Sind also die angeführten Rechte bloss Beispiele? Das ist insbesondere deshalb schwer auszumachen, weil sich (wenigstens in den hier zitierten Werken) eine

[69] Visco, 154; Peretti-Griva, 143.

[70] Allgemein wird zwischen der «disposizione materiale» und der «disposizione giuridica» unterschieden. Die letztere umfasst unter anderem die Übertragung und Beschränkung des Eigentums: Branca, Istituzioni, 211.

[71] Visco, 153; Peretti-Griva, 141.

[72] Visco, 58.

[73] Art. 1 L. 10 juillet 1965; Sizaire, 36 ff; Denis, 28; Mazeaud/Mazeaud, Leçons II, 1086 ff.

Eine Übersicht (mit kritischen Bemerkungen) über die in Frankreich herrschenden Theorien über das Wesen des «lot» findet sich bei Givord/Giverdon, 108 ff.

[74] Givord/Giverdon, 130 ff; Sizaire, 56 f; bei Zurfluh/Frot, 171 ff, und bei Kischinewsky-Broquisse, 218 f und 223, erhalten Hypothek und Nutzniessung, bei Denis, 30, die Hypothek besondere Erwähnung und Behandlung.

[75] Denis, 30.

[76] Kischinewsky-Broquisse, 218.

[77] Über den Begriff des «démembrement» Mazeaud/Mazeaud, Leçons II, 1051 und 1054 f.

Begründung für die Ignorierung der «servitudes» nicht findet. Nur SIZAIRE ist in diesem Punkt eindeutig. Der Stockwerkeigentümer kann «démembrer les droits dont il est titulaire... Il peut constituer tous droits réels sur son lot... Il peut également constituer une servitude ... à la charge de son lot»[78].

2. Belastung der Gemeinschaftssache durch einen einzigen Miteigentümer aus eigener Machtvollkommenheit: art. 1059 Ccit

Die eigenartige Bestimmung des art. 1059 Ccit hat ihren historischen Nährboden im Corpus iuris[79]: «Servitù concessa da uno dei comproprietari. – La servitù concessa da uno dei proprietari di un fondo indiviso non è costituita se non quando gli altri l'hanno anche essi concessa unitamente o separatamente.

La concessione, però, fatta da uno dei comproprietari, indipendentemente dagli altri, obbliga il concedente e i suoi eredi o aventi causa a non porre impedimento all'esercizio del diritto concesso.»

Es ist hier die Rede von der Einräumung einer Grunddienstbarkeit durch einen einzigen Miteigentümer, aber nicht, wie man zunächst vermuten könnte, von der Beschränkung seines eigenen Rechts, des Anteils, sondern von der Belastung des *gemeinschaftlichen Gegenstandes*[80]. Damit ist auch gesagt, dass der Artikel nicht die Anteilsbelastung – und sie allein interessiert uns hier – zum Gegenstand hat. Immerhin mag es von Nutzen sein, die Norm etwas näher anzusehen.

Der Bestimmung liegt der in dieser Arbeit verworfene Gedanke zugrunde, dass der Miteigentümer eben doch Eigentümer sei und als solcher grundsätzlich auch alle Eigentumsbefugnisse in sich vereinige; diese Machtposition werde freilich durch die Tatsache beschränkt, dass ein jeder doch Glied einer Gemeinschaft sei: «Il diritto del condomino, *che è di proprietà, ed importa piena disposizione della cosa* [von mir hervorgehoben], urta con il principio della indivisibilità... Il condomino come proprietario può costituire una servitù...[81].» Um jedoch dieses Recht des einzelnen mit den ihm widerstrebenden Interessen der Gemeinschaft in Einklang zu bringen, ordnet art. 1108 III Ccit, ähnlich unserem Art. 648 II ZGB, an, dass es zur Belastung der Sache der Übereinstimmung aller Miteigentümer bedürfe. Diese müssen jedoch, wie art. 1059 I Ccit festhält, ihre Zustimmung nicht gleichzeitig und in einem einheitlichen

[78] SIZAIRE, 57 und Anm. 137 auf ders. Seite.

[79] D. 8, 3, 11.

[80] BRANCA, Commentario III/1, 291: «La servitù grava su tutto il fondo» (in merkwürdigem Widerspruch zu diesem Satz steht allerdings auf Seite 293: «Esso [il diritto concesso] grava non sulla proprietà, ma sulla comunione...»); PESCATORE/ALBANO/GRECO, Commentario III/2, 506.

[81] BIONDI, 178.

Akt abgeben, sondern ein jeder kann selbständig und von den andern unabhängig und in einem von ihm selbst gewählten Rechtsakt (der eine durch Schenkung, der andere durch entgeltlichen Vertrag, der dritte durch Testament[82]) dem Berechtigten die «Grunddienstbarkeit einräumen»[83] («La servitù concessa...»: art. 1059 I Ccit). Aber wie ist das Verhältnis zwischen dem Erstkonzedenten und dem Dritten zu charakterisieren, solange diesem die übrigen Genossen keine inhaltlich gleiche Servitut eingeräumt haben[84]? Darüber herrscht in der italienischen Rechtswissenschaft alles andere als Klarheit. Für die einen entsteht eine Servitut mit beschränkter Wirkung[85], für andere ein servitutähnliches Recht[86]. TAMBURRINO[87] beschränkt sich auf die negative Feststellung, dass gar kein dingliches Recht entstanden sein könne. Massgebende Autoren weisen schliesslich darauf hin, dass das Verhältnis rein obligatorischen[88] oder dann realobligatorischen[89] Charakters sei.

Auch die französische Rechtswissenschaft[90] räumt dem einzelnen Miteigentümer – wohl in Anlehnung an die hiervor zitierte Äusserung im Corpus iuris – die Möglichkeit ein, den gemeinschaftlichen Gegenstand in irgendeiner Art und Weise dinglich zu belasten. Was entsteht, ist eine suspensiv-bedingte Servitut[91] – bedingt durch die (nachträgliche) Einräumung der inhaltlich gleichen Dienstbarkeit durch die übrigen Mitgenossen.

Die eben dargelegten Theorien lassen sich nur auf Grund des *Konsensprinzips* verstehen. Nur weil schon der Abschluss des Vertrags konstitutive Wirkung entfaltet, lässt sich die aufgestellte Hypothese überhaupt vertreten. In einem System jedoch, das vom *Eintragungsprinzip* beherrscht wird, findet sie keinen Platz. Nach diesem System entsteht die (rechtsgeschäftlich eingeräumte)

[82] Ders., 178.

[83] Vgl. Anm. 84 hiernach.

[84] Es muss darauf hingewiesen werden, dass nach italienischem Recht der formgerechte Abschluss des Grunddienstbarkeitsvertrags *konstitutive* Wirkung entfaltet: art. 1058 und art. 1350 cif. 4 Ccit. Die Eintragung in das Transkriptionsregister (art. 2643 cif. 4 Ccit) hat lediglich deklaratorische Bedeutung. Immerhin macht erst die Transkription die Rechtsverhältnisse vollwirksam in dem Sinne, dass die Rechte, welche schon vor der Eintragung kraft des Rechtstitels entstanden sind, nach der Eintragung auch Dritten entgegengehalten werden können (art. 2644 Ccit). Eine kurze Darstellung des Transkriptionssystems vgl. bei MENGIARDI, Verjährung, 140 ff.

[85] BIONDI, 186, 189.

[86] BRANCA, Commentario III/1, 292 f.

[87] 82.

[88] BARASSI, Proprietà e comproprietà, 800; PESCATORE/ALBANO/GRECO, Commentario III/2, 507.

[89] GROSSO/DEIANA, Trattato V/1, 421 ff.

[90] Auch das französische Recht kennt nicht das Eintragungs-, sondern das Konsens- oder Vertragsprinzip. Für die Entstehung der Grunddienstbarkeiten ist dieser Grundsatz in art. 690 ff Ccfr ausgesprochen. Vgl. dazu auch PLANIOL/RIPERT/PICARD, Traité III, 927 ff. Aber auch in Frankreich verleiht erst die Transkription dem Rechtsverhältnis volle Wirksamkeit: PLANIOL/RIPERT/PICARD, a.a.O., 931 f.

[91] BAUDRY-LACANTINERIE/CHAUVEAU, 797; AUBRY/RAU/BARTIN, Cours II, 549; AUBRY/RAU/ESMIN, Droit civil III, 94; PARDESSUS, 379; DEMOLOMBE, 229 ff.

Grunddienstbarkeit erst durch Eintragung in das Grundbuch. Die Eintragung darf jedoch nur vorgenommen werden und ist nur wirksam, wenn das Grundgeschäft, also das Verpflichtungsgeschäft, gültig ist (Art. 965, Art. 974 und Art. 975 ZGB) und die Verfügung von der verfügungsberechtigten Person getroffen wird (Art. 965, Art. 963 und Art. 964 ZGB)[92]. Ein gültiger Vertrag über die dingliche Belastung des gemeinschaftlichen Gegenstandes muss jedoch, sofern nicht eine andere Ordnung vereinbart ist, die Unterschriften aller Miteigentümer tragen (die eben auch nur gemeinsam verfügungsberechtigt sind). Mangelt es daran, so ist die Anmeldung für die grundbuchliche Verfügung abzuweisen (Art. 966 I ZGB), und es kann kein dingliches Recht, auch nicht ein solches «sui generis», entstehen.

Es zeigt sich, dass der in art. 1059 Ccit ausgesprochene und auch von der französischen Rechtswissenschaft übernommene Gedanke in einem unserer Rechtsordnung fremden System der Entstehung und Übertragung dinglicher Rechte beheimatet ist und deshalb auch nicht auf unsere Verhältnisse übertragen werden darf. Rechtsakte des einen, selbständig handelnden Miteigentümers, die auf die Errichtung beschränkter dinglicher Rechte zu Lasten des gemeinsamen Gegenstands gerichtet sind, können, wenn überhaupt irgendwelche, so nur obligatorische (nicht einmal realobligatorische) Wirkungen entfalten. Möglicherweise liegt ein Vertrag zu Lasten eines Dritten vor (Art. 111 OR), oder der Miteigentümer handelt in Geschäftsführung ohne Auftrag (Art. 419 ff OR). Das sind Fragen, die sich allgemein gar nicht beantworten lassen und die hier auch nicht weiter zu verfolgen sind.

§ 12 Für die Dauer und bloss auf Zeit konzipierte Anteile. Auswirkungen auf die Belastung

I. Beschränkte dingliche Rechte als für die Dauer gedachte Rechte

1. Dingliche Rechte sind für die Dauer gedacht; sie wollen ihrem Inhaber *dauernd* den Gebrauch eines Gegenstands verschaffen[1]. Dieser Gedanke wird besonders deutlich im Recht der Grunddienstbarkeiten zum Ausdruck gebracht. Sie sind zwar nicht, wie im alten römischen Recht[2], für die immerwährende Dauer, für die Ewigkeit, konzipiert; aber immerhin sollen sie einem Sub-

[92] Liver, N 2 zu Art. 731 ZGB.

[1] Liver, N 142 der Einleitung (mit weiterer Literatur); ders., N 1 ff der Vorbem. zu den Grunddienstbarkeiten; ders., N 8 zu Art. 730; BGE *56* II 191; Planiol/Ripert/Picard, Traité III, 867, 873; Baudry-Lacantinerie/Chauveau, 504.

[2] Darüber eingehend Biondi, 194 ff.

jekt ermöglichen, bestimmte Befugnisse über eine längere Zeitspanne auszuüben oder einen bestimmten Nutzen für die ferne Zukunft zu sichern[3]. Das Mittel zur Befriedigung bloss momentaner Bedürfnisse und zur Bewältigung sich ständig ändernder Lebenslagen ist die Obligation. Das Sachenrecht neigt zur Statik, das Obligationenrecht zur Dynamik: «Dall'arcaica perpetuità si passa alla permanenza ed alla temporaneità, ma non si può arrivare alla momentaneità senza distruggere lo schema e la funzione dell'istituto della servitù[4].»

In der Logik dieser Überlegungen liegt es, dass beschränkte dingliche Rechte – grundsätzlich – nur auf Gegenstände gelegt werden können, die ihrerseits zumindest strukturell das Merkmal der Dauer aufweisen; denn der dauernde Gebrauch eines Gegenstandes kann nur verschafft werden, wenn dieser selbst (der Gegenstand) dauerhaft ist[5]. So lehnen beispielsweise PLANIOL/RIPERT/PICARD[6] die Errichtung einer Grunddienstbarkeit an einem Baum ab – es ist nicht zu untersuchen, ob ein solches Objekt überhaupt die Eigenschaft eines Grundstücks erlangen kann –, weil dieser nach seiner natürlichen Beschaffenheit verderblich und vergänglich sei, nicht dauerhaft genug, um «ewige Lasten» zu tragen[7].

2. Inhaltlich fixierte beschränkte dingliche Rechte und Grundlasten, deren Leistungsinhalte sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstücks ergeben, verlangen jedoch vom belasteten Gegenstand noch mehr. Nicht bloss dessen eigentlicher Bestand, sondern auch dessen besonderer Charakter, dessen besonderes «Gesicht», muss mehr oder weniger ausgeprägt das Merkmal der Dauer in sich tragen; denn ein Wechsel der Eigenart des Belastungsgegenstandes könnte das darauf ruhende beschränkte dingliche Recht seines Inhalts berauben, was schliesslich zum Untergang dieses Rechts führen müsste (Art. 736 ZGB). Wenn beispielsweise auf einem besonders ausgestalteten Anteil ein Quellenrecht liegen würde – als Arbeitshypothese sei die Möglichkeit einer solchen Konstruktion bejaht –, so müsste dieses Recht zur leeren Form herabsinken, falls die Befugnisse des Anteils ausgetauscht würden –

[3] LIVER, N 91 f zu Art. 730; BIONDI, 197 ff.

[4] BIONDI, 202.

[5] Diese Gedanken haben eine gewisse Affinität mit dem Grundsatz der causa perpetua, drücken jedoch nicht dasselbe aus. Hier wird gesagt, dass der belastete Gegenstand dauerhaft sein müsse. Die causa perpetua geht gewiss auch davon aus. Sie ist jedoch ein Kriterium für die Bestimmung des möglichen *Dienstbarkeitsinhalts:* «Es soll die Servitut nicht faktische Voraussetzungen haben, welche nur durch eine wiederkehrende Tätigkeit des Eigentümers des *dienenden* Grundstücks herbeigeführt werden, sondern unabhängig von dieser und ebenso auch von jeder Tätigkeit einer dritten Person lediglich aus den durch die Natur der Sache erzeugten Kräften und den in der Servitutenbefugnis enthaltenen Mitteln hergestellt werden können»: ELVERS, Die römische Servitutenlehre (1856), 158 (zitiert bei LIVER, N 111 zu Art. 730). Über die causa perpetua vgl. LIVER, N 111 ff zu Art. 730; KOHLER, 190.

[6] Traité III, 867. Ebenso BAUDRY-LACANTINERIE/CHAUVEAU, 504.

[7] Diese Begründung ist allerdings umstritten: PLANIOL/RIPERT/PICARD, Traité III, 867 (dagegen insbesondere FUZIER-HERMAN/DEMOGUE, Code civil annoté II, N 27 zu art. 637).

wenn etwa der Anteilsinhaber kraft neuer Nutzungs- und Verwaltungsordnung nicht mehr die Quelle, sondern das auf derselben Liegenschaft stehende Haus zur Nutzung zugewiesen erhielte. Die hier in Frage stehenden beschränkten dinglichen Rechte setzen eben eine *bestimmte* Eigenart des belasteten Gegenstands voraus. Wenn es in ihrem Wesen liegt, *dauernd einen bestimmten Gebrauch* dieses Gegenstandes zu verschaffen, dann muss dieser letztere nicht nur in seiner Existenz, sondern auch in seinem «Sosein» die namhaft gemachte Eigenschaft aufweisen.

II. Die Stockwerkeigentumseinheit als für die Dauer konzipierter Anteil

1. Dauerhafter Bestand

Der zu Stockwerkeigentum ausgestaltete Miteigentumsanteil ist, was seinen Bestand betrifft, für die Dauer konzipiert[8].

Zunächst ist den Beteiligten kein Aufhebungsanspruch in die Hand gelegt, der die Existenz des Anteils einer ständigen Bedrohung aussetzen würde (Art. 650 I ZGB). Sodann besitzt die einzelne StWE eine gewisse Selbständigkeit, so dass sie, wenn mehrere in einer Hand vereinigt sind, ihr Eigenleben nicht verliert[9]. Stockwerkeigentum endigt erst mit dem Untergang der Liegenschaft (oder des Baurechts) oder mit der Löschung im Grundbuch (Art. 712 f I ZGB). Diese darf jedoch nur mit Zustimmung der an den einzelnen StWE dinglich berechtigten Personen vorgenommen werden, falls die Übertragung ihrer Rechte auf das ganze Grundstück für sie mit Nachteilen verbunden wäre (Art. 712 f II ZGB). Diese Bestimmung ist, unter dem hier gewählten Gesichtspunkt, ausserordentlich wichtig. Sie ist dazu geeignet, den Untergang der StWE solange zu verhindern, als es für die Existenz der darauf ruhenden Last nötig erscheint.

Diese Norm bedarf allerdings der extensiven Interpretation, wenn sie ihren Zweck erfüllen soll.

a) Der Artikel redet vom «Untergang» (Marginale), von der «Beendigung» des *Stockwerkeigentums*. Was soll aber geschehen, wenn eine (belastete) StWE mit einer anderen zusammengelegt wird oder wenn deren Räume nachträglich für gemeinschaftlich erklärt werden (Art. 712 b III ZGB)? Der (belastete) Anteil geht unter, das steht fest, nicht jedoch das «Stockwerkeigentum» an der Liegenschaft oder am Baurecht, das lediglich eine Modifizierung erfährt. Und

[8] Botschaft, 1510 f; Liver, Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, 187; Meier-Hayoz, N 2 zu Art. 649 b und 649 c, N 18 b zu Art. 650; Friedrich, Reglement, N 1 zu § 53.

[9] § 9 III 5 c.

trotzdem lässt eine teleologische Interpretation keine andere Lösung zu, als dass auch dieser Vorgang der Bestimmung des Art. 712 f II ZGB unterworfen wird.

b) Dasselbe muss gelten, wenn einer belasteten StWE nachträglich *einzelne*, zu Sonderrecht ausgeschiedene Räume entzogen und einer anderen StWE oder den gemeinschaftlichen Bauteilen zugeordnet werden[10]; denn auch dadurch könnte die Stellung eines dinglich Berechtigten geschwächt werden.

c) Wird hingegen eine StWE in mehrere zergliedert[11], so wird man diesen Vorgang wohl nach jenen Normen beurteilen müssen, die die Teilung der dinglich belasteten Objekte beherrschen.

d) Schliesslich lauert dem Stockwerkeigentum noch eine weitere Gefahr. Es ist denkbar, dass das Gebäude in seiner baulichen Gliederung derart verändert wird, dass die einzelnen StWE nicht mehr die vom Gesetz vorgeschriebenen Eigenschaften aufweisen. Es wird beispielsweise das (neu erstellte) Treppenhaus abgebrochen, so dass die Zugänge zu einzelnen Wohnungen wieder (wie früher, vor der Erstellung des Treppenhauses) durch andere Stockwerke führen. Was soll mit dem Stockwerkeigentum geschehen, das eine seiner materiellen Voraussetzungen verloren hat (Art. 712 b I ZGB)?

Art. 33 c IV GBV behandelt einen ähnlichen Fall. Dort ist die Frage beantwortet, wie vorzugehen sei, wenn *vor* Erstellung des Gebäudes Stockwerkeigentum am Grundstück begründet wurde und nachträglich festgestellt wird, dass die konstruktive Gliederung des Gebäudes nicht den gesetzlichen Vorschriften entspricht. Das Stockwerkeigentum ist, nach fruchtloser Fristansetzung, in sinngemässer Anwendung von Art. 976 ZGB zu löschen und in gewöhnliches Miteigentum zurückzuführen. Diese Anordnung entspricht der Rechtslogik, denn die materielle und die formelle Rechtslage dürfen, jedenfalls als Dauerzustand, nicht auseinanderklaffen. Wenn das richtig ist, so muss die zitierte Bestimmung auch den durchaus analogen eben dargelegten Sachverhalt beherrschen. Entweder wird innert einer bestimmten Frist das Treppenhaus wieder erbaut, oder das Stockwerkeigentum wird in sinngemässer Anwendung von Art. 976 ZGB gelöscht. Aber was soll im letzterwähnten Fall mit den beschränkten dinglichen Rechten an den StWE geschehen?

aa) Theoretisch denkbar wäre, dass Lasten, die auch auf gewöhnlichen Miteigentumsanteilen ruhen können (also, nach den bisherigen Darlegungen, Pfandrechte, Nutzniessung und – teilweise – Grundlasten[12]), ihr bisheriges, nunmehr allerdings modifiziertes Objekt weiterhin beibehielten. Diese Ord-

[10] Über die formellen Voraussetzungen für die Änderung der Zuweisung einzelner Räume FRIEDRICH, Reglement, § 3 II und III und N 8 zu § 3, N 14 zu § 2; ders., Praktische Fragen, 327 f.

[11] Darüber FRIEDRICH, Praktische Fragen, 327 f; ders., Reglement, N 10 zu § 3.

[12] § 10 IV und § 11 I–IV 2.

nung der Dinge würde indessen die Interessenlage der dinglich Berechtigten zuwenig berücksichtigen. Eine Nutzniessung an einer StWE (praktisch an einer Wohnung oder an Raumeinheiten, die für andere Zwecke bestimmt sind) ist nicht dasselbe wie eine solche an einem gewöhnlichen, veränderlichen und inhaltlich oft wenig bestimmten Miteigentumsanteil.

Aber selbst Pfandgläubiger und Grundlastgläubiger können durch den hier in Frage stehenden Vorgang in ihren Interessen verletzt werden, denn im Laufe der Zeit hat vielleicht eine Wohnung durch inneren Ausbau, beispielsweise durch Einbau einer wertvollen, alten Stube, erheblich an Wert zugenommen, so dass das tatsächliche Wertverhältnis zwischen den einzelnen Anteilen nicht mehr dem im Grundbuch eingetragenen entspricht[13]. Und zudem: Eine StWE ist, auch wirtschaftlich gesehen, etwas anderes als ein gewöhnlicher Miteigentumsanteil.

Die Interessenlage dieser Berechtigten fordert also eine andere Lösung des Problems. Dies kann nur darin bestehen, dass die Rechte auf die gemeinsame Sache verlegt werden, was Art. 712 f II ZGB für gewisse Fälle bereits vorsieht. Nur so lassen sich Bestand und Inhalt dieser Rechte mit genügender Sicherheit wahren[14]. Die Anteilsnutzniessung muss allerdings in eine inhaltlich gleich ausgestaltete, in der *Ausübung* jedoch auf die der früheren StWE zugehörenden Räumlichkeiten beschränkte unübertragbare und unvererbliche Personaldienstbarkeit i.S. des Art. 781 ZGB umgewandelt werden, denn dem Wesen der Nutzniessung entspricht der volle Genuss ihres Gegenstandes (Art. 745 II ZGB)[15].

bb) Mit noch grösserer Notwendigkeit drängt sich diese Lösung auf hinsichtlich der inhaltlich fixierten beschränkten dinglichen Rechte und der Grundlasten, deren Leistungsinhalte sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Gegenstands ergeben, da diese Rechte an gewöhnlichen Miteigentumsanteilen überhaupt keinen Bestand haben können (ob sie auf die StWE gelegt werden können, steht allerdings auch noch nicht endgültig fest).

cc) Es versteht sich, dass alle bereits auf dem gemeinsamen Grundstück ruhenden Lasten nach dieser Operation jenen, die einen Anteil (die nun zum gewöhnlichen Anteil zurückgebildete StWE) zum Gegenstand hatten und die nun auf die Gemeinschaftssache verlegt wurden, im Range vorgehen müssen. Das ergibt sich aus dem Wesen des Miteigentums[16].

[13] Die Quoten werden ja nicht anlässlich jeder inneren baulichen Ausgestaltung dem tatsächlichen Wertverhältnis angepasst, so dass diese zwei Grössen durchaus auseinanderfallen können. Dazu Art. 712 e II ZGB; Botschaft, 1516; FRIEDRICH, Reglement, N 2 ff zu § 3; ders., Praktische Fragen, 338 ff.
Nicht ganz zutreffend EGGEN, Stockwerkeigentum, 261.

[14] A.M. für Pfandrechte FRIEDRICH, Reglement, N 6 zu § 53.

[15] Über die Ausnahmen LEEMANN, N 1 zu Art. 745; WIELAND, CARL, N 1 f zu Art. 745.

[16] § 9 II 1 b aa und bb.

e) Der umgekehrte Vorgang, nämlich die Umwandlung des gewöhnlichen Miteigentums in Stockwerkeigentum, bereitet hinsichtlich der Anteilsbelastung keine Schwierigkeiten. Pfandrecht, Nutzniessung und Grundlast behalten ihr Objekt bei, das nur eine besondere Ausgestaltung erfährt. Diese wirkt sich für diese Rechte nicht anders aus als die Vereinbarung einer Nutzungs- und Verwaltungsordnung im gewöhnlichen Miteigentumsverhältnis.

2. Weitgehende inhaltliche Konstanz

Die StWE weist im Umfange ihres Sonderrechts einen weitgehend unabänderlichen Inhalt auf: Die entsprechenden Befugnisse lassen sich nicht beliebig, durch Vereinbarung, austauschen, denn sie sind gesetzlich festgelegt[17].

Aus diesen Überlegungen folgt, dass die StWE im Umfange ihres mehr oder weniger festen «Kerns» und unter dem Gesichtspunkt der Dauer die Bedingungen für die Belastung mit inhaltlich fixierten beschränkten dinglichen Rechten und mit Grundlasten, deren Leistungsinhalte sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstücks ergeben, erfüllt. Immerhin ist zu beachten, dass eine Änderung der Zweckbestimmung des gemeinsamen Gebäudes auch die im Sonderrecht enthaltenen Befugnisse berühren kann. Diese Tatsache schafft denn auch erhebliche Schwierigkeiten, auf die in anderem Zusammenhang einzutreten ist[18]. Aber solche Zweckänderungen kommen verhältnismässig selten vor, denn sie sind in der Regel mit baulichen Umgestaltungen verbunden. Diese Möglichkeit vermag daher wohl die inhaltliche Konstanz des Sonderrechts zu *schwächen,* jedoch *nicht aufzuheben.*

III. Zuwenig ausgeprägte Stabilität des gewöhnlichen Miteigentumsanteils

1. «Prekäre» Existenz

a) Für das schweizerische Recht lässt sich kaum behaupten, das Stockwerkeigentum einerseits sei für die Dauer, das gewöhnliche Miteigentum andererseits sei nur für kurze Zeit konzipiert. In der Rechtswirklichkeit können Miteigentumsverhältnisse – insbesondere an Liegenschaften – über längere Zeitspannen dauern[19]. Diesem Umstand hat der Gesetzgeber Rechnung getragen, und zwar vor allem durch die zweckmässige Ausgestaltung der Verwaltungsordnung, aber auch durch die Bestimmung der Art. 649 b und 649 c ZGB

[17] § 11 III 2; § 7 III 3.
[18] § 13 IV.
[19] Botschaft, 1511; Liver, Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, 152, 182 f, 187 f.

(Ausschluss aus der Gemeinschaft) und durch den Art. 650 II ZGB (der Aufhebungsanspruch kann für eine Dauer bis zu 30 Jahren – vor der Revision bloss bis zu 10 Jahren: Art. 650 II aZGB – ausgeschlossen werden)[20].

Die Äusserung in der Studienkommission[21]: «La copropriété est fortuite par essence; ...elle n'est pas une institution durable» dürfte wohl zu doktrinär-einseitig sein. Immerhin ist Alleineigentum erwünscht[22]. Deshalb gewährt das Gesetz jedem (gewöhnlichen) Miteigentümer ein Vorkaufsrecht gegenüber einem jeden Nichtmiteigentümer, der einen Anteil an einem Grundstück[23] erwirbt (Art. 682 I ZGB), und darum erhält auch jeder Beteiligte (mit Ausnahmen) einen Aufhebungsanspruch (Art. 650 ZGB)[24].

Selbst wenn dieser Anspruch rechtsgeschäftlich ausgeschlossen ist (Art. 650 I ZGB), können die Miteigentümer nicht daran gehindert werden, in gegenseitigem Einverständnis die Gemeinschaft aufzulösen. Eine dem Art. 712 f II ZGB (Untergang des Stockwerkeigentums)[25] irgendwie ähnliche Bestimmung fehlt im gewöhnlichen Miteigentumsrecht. Darin liegt ein wesentlicher Unterschied zwischen Miteigentum und Stockwerkeigentum. Zwar soll die moderne Ausgestaltung auch des ersteren Verhältnisse über längere Zeitspannen ermöglichen; aber trotz allem schwebt über dieser Gemeinschaft das Damoklesschwert: Stets ist mit ihrer Auflösung und somit mit dem Untergang der Anteile zu rechnen[26]. Der gewöhnliche Miteigentumsanteil hat in der Tat eine «prekäre»[27] Existenz; eine Eigenschaft, die sich mit dem Wesen der beschränkten dinglichen Rechte nicht verträgt.

b) Prägnant und bedeutend entschiedener als das schweizerische Recht drückt der Ccfr in art. 815 I den Gedanken aus, dass «l'indivision» nur eine «situation exceptionnelle»[28] sei, die möglichst in die ordentliche Form des Alleineigentums umgewandelt werden müsse: «Nul ne peut être contraint à demeurer dans l'indivision, et le partage peut être toujours provoqué, nonobstant prohibitions et conventions contraires»[29] (in den folgenden Absätzen des Artikels wird der Grundsatz allerdings etwas gemildert). Aus diesem Grunde hat es der französische Ge-

[20] Liver, a.a.O., 152, 168 ff, 171 ff, 181 f, 182 f.
[21] Protokoll Studienkommission I, 23.
[22] Liver, a.a.O., 183; Meier-Hayoz, Vorkaufsfall, 265.
[23] Dazu Anm. 42 des § 10.
[24] Vgl. auch § 749 BGB; § 830 ABGB; art. 1111 Ccit; art. 815 Ccfr.
[25] Über die Bedeutung dieses Art. vgl. in diesem § II 1.
[26] Bezeichnend ist die Äusserung Livers, Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, 187: «Das Stockwerkeigentum muss dauernden Bestand haben, um seiner Bestimmung genügen zu können. Das Recht des Miteigentümers, jederzeit die Aufhebung zu verlangen, steht damit in Widerspruch.»
[27] Protokoll Studienkommission I, 23.
[28] Mazeaud/Mazeaud, Leçons II, 1078; ebenso Planiol/Ripert/Picard, Traité III, 286; auch Barassi, Proprietà e comproprietà, 736.
[29] Der Anwendungsbereich dieser erbrechtlichen Regel wird von der französischen Rechtswissenschaft auf alle Miteigentumsverhältnisse ausgedehnt: Mazeaud/Mazeaud, a.a.O., 1080; Planiol/Ripert/Picard, a.a.O., 286.

setzgeber nicht einmal für nötig erachtet, das Miteigentum allgemein zu regeln[30].

2. Keine inhaltliche Konstanz

Im Unterschied zur StWE besitzt der gewöhnliche Anteil keinen unabänderlichen Inhalt. Im Gegenteil: Das Mittel der Nutzungs- und Verwaltungsordnung soll sogar ermöglichen, den Gesamtnutzen entsprechend den jeweiligen und sich oft wandelnden Bedürfnissen unter die Beteiligten zu verteilen[31]. Mangelhafte Stabilität in der Existenz und in der inhaltlichen Ausgestaltung sind weitere Gründe – nebst der fehlenden inhaltlichen Offenkundigkeit –, die gegen die Zulassung der Belastung des gewöhnlichen Anteils mit inhaltlich fixierten beschränkten dinglichen Rechten und mit Grundlasten, deren Leistungsinhalte sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstücks ergeben, sprechen.

3. Ausnahmsweise Belastung des gewöhnlichen Anteils mit gewissen beschränkten dinglichen Rechten

a) Rechtfertigung der Ausnahmen

Der gewöhnliche Miteigentumsanteil wird dem Erfordernis der Dauer nicht in genügender Art und Weise gerecht. Mathematische Konsequenz müsste demnach *jede* dingliche Belastung des Anteils verwerfen. Juristische Überlegungen lassen indessen diesen rigorosen Schluss nicht zu.

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass das Gesetz selbst vom Pfandrecht, von der Grundlast und von der Nutzniessung am Anteil spricht[32]. Sodann ist zu beachten, dass Nutzniessung und Pfandrecht selbst Forderungen zum Gegenstand haben können, obschon diese nicht ausgesprochen dauerhafter Natur sind. Schliesslich mag daran erinnert werden, dass die hier bezeichneten Rechte – mit Ausnahme der schon erwähnten besonderen Grundlastart – wenigstens nicht die inhaltliche Konstanz des Anteils voraussetzen[33], was die Lösung gewisser auftauchender Probleme zumindest erleichtert.

Die Wandlungen, die Anteil und Gemeinschaftsgegenstand erfahren können, schaffen allerdings erhebliche Schwierigkeiten, die sich teilweise nur anhand juristischer Kunstgriffe beheben lassen, falls man die Interessen aller Beteiligten gebührend wahren will. Im Grunde sind es praktische Auswirkungen

[30] Mazeaud/Mazeaud, a.a.O., 1078.
[31] § 6 III.
[32] § 10 I 1.
[33] In diesem § I 2.

der Erkenntnis, dass das mehr «statische» dingliche Recht nicht geeignet ist, der «Dynamik» des Anteils zu folgen.

b) «Prekäre» Existenz des Anteils und dessen Belastung mit Pfandrechten

aa) Die Pfandbelastung verleiht, nach herrschender schweizerischer Lehre, den Anteilen weitgehende Selbständigkeit. Sie behalten, wenn sie in einer Hand vereinigt werden oder wenn die Sache selbst veräussert (oder geschenkt) wird, ihr Eigenleben[34]. Diese Verselbständigung ist annehmbar, weil sie für keine der Parteien nennenswerte Nachteile mit sich bringt.

Zunächst ist zu betonen, dass das Gesetz keine Einflussnahme des Anteilspfand*gläubigers* auf die Verwaltung der Gemeinschaftssache statuiert[35]. Diese Ordnung des Stimmrechts gilt nach schweizerischem Recht ganz allgemein für Mitgliedschaftsrechte und ist in Art. 905 ZGB für Beteiligungen an Aktiengesellschaften (vgl. auch Art. 689 V Ziff. 1 OR) ausdrücklich festgehalten[36]. Damit ist gesagt, dass auch der Erwerber der Gemeinschaftssache in Verwaltungsangelegenheiten kein (für ihn lästiges) Mitreden des am verselbständigten Anteil Pfandberechtigten zu befürchten hat.

Sodann wird in aller Regel der vorsichtige Erwerber eines pfandbelasteten Anteils – und als solcher muss in diesem Zusammenhang auch der Erwerber der Gemeinschaftssache mit weiterbestehendem pfandbelastetem Anteil gelten – die bestehende Schuldpflicht übernehmen[37]. Übernimmt er sie nicht, so wird das eingegangene Risiko seinen Niederschlag in der Preisfestlegung finden. Zudem lassen sich die unliebsamen Folgen der Zwangsvollstreckung durch Ablösung des Pfandrechtes nach den Bestimmungen der Art. 827 ff ZGB abwenden[38].

[34] § 9 III 5 a und die in Anm. 49 des § 9 zitierte Literatur; zudem Art. 91 I GBV.

[35] Oftinger, N 51 zu Art. 884. Anders § 1258 BGB.

[36] Über die allgemeine Bedeutung dieses Grundsatzes Oftinger, N 2 und N 15 zu Art. 905; Leemann, N 1 zu Art. 905; v. Steiger, 143 ff.

[37] Gemäss Art. 832 II ZGB. Dieses für die Grundpfandverschreibung vorgesehene besondere Verfahren gilt auch für Schuldbriefe (Art. 846 ZGB) und kann, wie mir scheint, sinngemäss auch auf das Recht des Fahrnispfands ausgedehnt werden. «Der *sinngemäss* erfolgende Beizug grundpfandrechtlicher Vorschriften fällt prinzipiell dann in Betracht, wenn die Gleichheit der Interessenlage und die Ähnlichkeit der rechtlichen Struktur die vom Gesetz für das Grundpfandrecht getroffene Lösung als für das Fahrnispfandrecht angemessen erscheinen lassen»: Oftinger, N 28 des Systematischen Teils. Diese Voraussetzungen sind hier gegeben. Handelt es sich hingegen um eine Gült, so wird der Erwerber des Grundstückes ohne weiteres Schuldner der Gültforderung (Art. 851 II ZGB).

[38] Der Anwendungsbereich dieser Bestimmungen ist ebenfalls nicht bloss auf die Grundpfandverschreibung beschränkt, sondern umfasst auch den Schuldbrief (Art. 845 ZGB) und die Gült (mit Ausnahme des Art. 827 ZGB, der eine durch das Pfandrecht gesicherte *fremde* Schuld zur Voraussetzung hat): Leemann, N 8 zu Art. 827 und N 12 zu Art. 828.

Zudem regelt Art. 850 ZGB in einer besonderen Vorschrift die Ablösung der Gült.

Schliesslich erlauben es die Gleichheit der Interessenlage und die Ähnlichkeit der rechtlichen Struktur auch die sinngemässe Anwendung dieser Normen im Fahrnispfandrecht: vgl. die vorstehende Anm. 37.

Schliesslich ist zu sagen, dass eine weiterbestehende Pfandlast an einem verselbständigten Anteil die *tatsächliche* Benutzung und Bewirtschaftung der Sache selbst in keiner Weise beeinträchtigt. Der *rechtlichen* Verfügungsmacht ist hingegen eine Schranke gesetzt: Solange an Anteilen Pfandrechte bestehen, können auf die Sache selbst keine solchen Lasten mehr gelegt werden (Art. 648 III ZGB)[39]. Aber der Alleineigentümer hat es leicht in der Hand, dieses Hindernis zu beseitigen: Er kann das Pfandrecht auf die Sache selbst verlegen, und der Pfandgläubiger wird dagegen nichts einzuwenden haben. Ein Widerstand seinerseits würde m.E. sogar gegen Art. 2 ZGB verstossen, denn die dingliche Sicherheit würde durch die Verlegung in keiner Weise geschmälert; interesselose Rechtsausübung verstösst aber gegen den Grundsatz des Handelns nach Treu und Glauben[40].

bb) Es steht in der Macht des Inhabers eines pfandbelasteten Anteils, einem Dritten an der Gemeinschaft eine neue Beteiligung einzuräumen (die «Veräusserung» eines «Teils» seines Anteils, wie diese Operation üblicherweise genannt wird[41]). Dadurch entstehen zwei Pfandobjekte. Die dadurch auftretenden Interessenkonflikte lassen sich ohne weiteres nach den Regeln des Art. 833 ZGB (Zerstückelung des Pfandgegenstandes) lösen. Diese (dem Rechte der Grundpfandverschreibung angehörende) Bestimmung gilt auch für den Schuldbrief (Art. 846 ZGB) und teilweise[42] – ergänzt durch Art. 852 I und III und durch Art. 787 Ziff. 1 ZGB – für die Gült. Aber man wird auch nichts gegen die Ausdehnung ihres Anwendungsbereichs auf die Fahrnispfandrechte einzuwenden haben, denn analoge Verhältnisse, wie sie der zitierte Artikel regelt, können unbestreitbar auch im Fahrnispfandrecht auftreten[43]. Gleichgültig, ob ein pfandbelasteter Anteil an einer Fahrnis oder an einem Grundstück besteht: In beiden Fällen kann dessen Inhaber einem Dritten eine neue Beteiligung an der Gemeinschaft einräumen, denn dieser Vorgang wickelt sich ja gleicherart ab wie eine (zweifellos mögliche) Übertragung des belasteten Anteils selbst[44].

cc) Die Aufhebung der Miteigentümergemeinschaft wird in aller Regel zur Folge haben, dass jeder Beteiligte einen Teil des Gemeinschaftsgegenstandes, eine Geldsumme oder beides erhält. Was soll diesfalls mit den Anteilspfandrechten geschehen?

Der Gedanke liegt nahe, das Sicherungsrecht ipso iure auf den an die Stelle des Anteils tretenden Ersatzgegenstand übergehen zu lassen. Allein unser

[39] Vgl. auch Haab, N 27 zu Art. 646.
[40] Merz, N 340 ff zu Art. 2.
[41] Über den rechtlichen Charakter dieses Vorgangs § 9 III 3.
[42] Näheres darüber Leemann, N 1 ff zu Art. 852.
[43] Vgl. Anm. 37 hiervor.
[44] § 9 III 3.

Sachenrecht kennt kein allgemeines dingliches Surrogationsprinzip[45], und für das Pfandrecht im besonderen ist dieser Grundsatz auch nicht generell vorgesehen[46]. Zudem vermöchte er die Interessen des Pfandgläubigers nicht immer in einwandfreier Weise zu schützen; beispielsweise dann nicht, wenn anlässlich der (noch in gutem Einvernehmen durchgeführten) Teilung die Ausgleichssummen aus irgendwelchen Gründen absichtlich tief gehalten würden.

Besser als das erwähnte Prinzip vermag eine andere Lösung die verschiedenen Interessenpositionen zu wahren.

Durch die Verselbständigung der Anteile ist es möglich zu verhindern, dass dem Pfandgläubiger sein ursprüngliches Haftungssubstrat entzogen wird. Die wirtschaftliche Überlegung ist einfach: Wenn dem Pfandgläubiger vor der Teilung beispielsweise $^1/_3$ des Sachwertes Sicherheit bot, so muss ihm nach der Teilung der gleiche Wert vorbehalten bleiben, also $^1/_3$ des Werts eines jeden Teils. Rechtlich lässt sich das so verwirklichen, dass gleichsam «über» jeder körperlichen Portion ein Anteil weitergedacht wird, dessen Bemessung (in bezug auf die neuen Einheiten) der Quote des ursprünglich belasteten Anteils, in unserem Beispiel also der Bruchzahl $^1/_3$, entsprechen muss[47].

Es fällt auf, dass durch diese Konstruktion für die Pfandhaft die gleichen Verhältnisse entstehen, wie sie der schon erwähnte Art. 833 ZGB regelt: An die Stelle des einen treten mehrere Pfandobjekte. Diese Parallelität rechtfertigt auch die analoge Anwendung dieser Bestimmung auf Vorgänge, wie sie hier in Frage stehen – gleichgültig, ob es um die Aufhebung von Miteigentum an Fahrnissen oder an Grundstücken geht[48].

Man darf indessen nicht übersehen, dass nach diesem Vorschlag *nach* der realen Teilung Subjekte Pfandschuldner werden, die es vorher nicht waren. Das ist für sie mit Nachteilen verbunden. Diese sind jedoch voraussehbar und abwendbar und daher auch zumutbar: Es ist eine interne, nötigenfalls unter Beizug der richterlichen Hilfe zu regelnde (Art. 651 II ZGB) Angelegenheit, das übernommene Risiko billigerweise auszugleichen. Oft wird das in der Art geschehen, dass die einzelnen in Anwendung des Art. 833 III ZGB auch die Schuldpflicht für die auf ihren (verselbständigten) Anteilen lastenden Pfandforderungen übernehmen. Ist das nicht geschehen, so stehen einem jeden, wie vorstehend unter aa) bereits hervorgehoben, immer noch verschiedene Mittel zur Verfügung, um nachteilige Folgen aus dieser Situation abzuwenden.

[45] Meier-Hayoz, N 50 des Systematischen Teils; Oftinger, N 21 ff zu Art. 892 (mit ausländischer Literatur); BGE *71* II 94.

[46] In Einzelfällen, die hier nicht zu behandeln sind, tritt allerdings dingliche Surrogation ein. Dazu Oftinger, N 16 ff zu Art. 892.

[47] Ähnlich Levy, 333.

[48] Näheres darüber hiervor bb.

dd) Die eben dargelegten Grundsätze müssen auch dann angewendet werden, wenn die Miteigentümer insgesamt, ohne ihr Gemeinschaftsverhältnis aufzulösen, den Gemeinschaftsgegenstand zerstückeln und einen Teil davon einem Dritten weiterveräussern. Der dadurch im Werte verminderte und schon früher mit einem Pfandrecht beschwerte Anteil bleibt natürlich weiterhin belastet; zudem muss an dem neugebildeten (veräusserten) realen Teil ein zusätzlicher und ebenfalls pfandbelasteter Anteil gedacht werden, dessen Bemessung der Quote des «geschwächten» Anteils entsprechen muss.

ee) Wie man sieht, kann die Verpfändung des gewöhnlichen Miteigentumsanteils zu allerlei Komplikationen führen. Das hat schon HUBER[49] bemerkt. Immerhin ist bei all den besprochenen Vorgängen die einfachste und vernünftigste Lösung noch nicht erwähnt: Die vorgängige und vertragliche Regelung der Pfandverhältnisse.

c) «Prekäre» Existenz des Anteils und dessen Belastung mit Grundlasten

aa) Einfach gestalten sich die Verhältnisse, wenn mehrere oder alle Anteile, von denen mindestens einer grundlastbeschwert ist, in einer Hand vereinigt werden: Die Verschmelzung wird aufgeschoben; der belastete Anteil wird verselbständigt (vgl. auch Art. 91 I GBV).

bb) Ebenso mühelos lassen sich die Sachverhalte meistern, wenn der Inhaber des grundlastbeschwerten Anteils einem Dritten eine neue Beteiligung an der Gemeinschaft einräumt. Dieser Vorgang muss, wie schon ausgeführt[50], nach den die Teilung des belasteten Grundstücks beherrschenden Regeln abgewikkelt werden. Hiefür verweist Art. 792 II ZGB auf das Gültrecht (Art. 852 ZGB, der seinerseits auf Art. 833 ZGB Bezug nimmt). Die Last wird, soweit das überhaupt möglich ist (vgl. Art. 88 I und II GBV), auf die neu entstandenen Grundstücke übertragen, und der Grundlastberechtigte kann die Ablösung seines Rechts verlangen, wenn dieses sonst erheblich beeinträchtigt würde (Art. 787 Ziff. 1 ZGB).

cc) Was aber soll geschehen, wenn die Miteigentümer insgesamt ihr Grundstück veräussern? Das Pfandrecht vermöchte seinen Gegenstand (den Anteil) auch über diese Operation hinwegzuretten. Nichts anderes kann gelten, wenn auf dem Anteil das andere Wertrecht, die Grundlast, ruht: Am Grundstück muss weiterhin ein mit der Grundlast beschwerter Anteil gedacht werden. Aber mit der dinglichen Last am verselbständigten Anteil geht begriffsnotwendig auch die dadurch gesicherte Leistungspflicht auf den Erwerber über (Art. 792 I ZGB). Wird jedoch die Aussicht, mit dem Eigentum auch noch

[49] Teilentwurf Grundpfand, 108: «Aber auch eine Verpfändung nach einem Wertteil hat etwas Stossendes an sich, indem der Eigentümer des anderen Wertteils durch die Gläubigerrechte am Anteil seiner Mitberechtigten doch in allerlei Verlegenheit gebracht werden kann.»

[50] In dieser Ziffer 3 b bb.

(möglicherweise weitgehende) Pflichten gegenüber Dritten zu erwerben, nicht jede Begeisterung eines Interessenten abkühlen oder gar einfrieren lassen? Folgt daraus nicht, dass die Belastung eines Anteils mit Grundlasten in unzulässiger Intensität in den Interessenkreis der Gemeinschaft hineinwirkt?

Eine oberflächliche Betrachtung könnte zu diesem Ergebnis führen. In Tat und Wahrheit geht jedoch der Erwerber eines grundlastbeschwerten Grundstücks kein grösseres Risiko ein als der Erwerber eines pfandbelasteten Gegenstands. Das ergibt sich aus der Besonderheit der Grundlastforderung[51] und des Haftungsverhältnisses. Im Grunde hat nämlich jeder Grundlastschuldner die Möglichkeit, die Ablösung des Rechts zu erwirken und damit die Grundlast auf die dingliche Komponente zu reduzieren. Verweigert er nämlich die Leistung, so zwingt er den Gläubiger dazu, mit den rechtlichen Machtmitteln gegen ihn vorzugehen. Aber dieser ist bei der Geltendmachung der Grundlastforderung im ganzen[52] ausschliesslich auf den Weg der Pfandverwertung verwiesen (Art. 791 I ZGB, Art. 37 I und Art. 151 ff SchKG). Der Schuldner riskiert also lediglich, dass gegen ihn ein Zahlungsbefehl erlassen wird mit der Aufforderung, innerhalb einer bestimmten Frist den vertraglich vereinbarten[53] oder den im Grundbuch festgelegten[54] Betrag zu bezahlen (Art. 152 und Art. 69 SchKG). Entspricht er diesem Befehl, so wendet er auch die Versteigerung des Grundstückes ab[55].

Wie man sieht, befindet sich der Grundlastschuldner in derselben Lage wie der Pfandschuldner, insbesondere wie der Gültschuldner. Deshalb drängt sich auch die gleiche Behandlung beider Erscheinungen auf, falls das gemeinsame Grundstück veräussert, unter die Genossen verteilt oder von ihnen zerstückelt und teilweise weiterveräussert wird; es kann auf die bereits gemachten Ausführungen, insbesondere auf jene, die die Gült betreffen, verwiesen werden[56].

[51] Eine Forderung muss auch den Grundlastschuldner treffen. Sonst wäre es gar nicht verständlich, wie dieser zu einer Leistung verpflichtet sein sollte (Art. 782 I ZGB). Die Forderung kann aber nur «persönlich» sein, obschon Art. 791 I ZGB ausführt, eine persönliche Forderung gegen den Schuldner gebe es nicht. Aber eine dingliche Forderung oder ihr Gegenstück, eine dingliche Schuld (so LEEMANN, N 1 zu Art. 791), ist ein Unding. Nur Menschen, niemals Sachen können zu einem Verhalten verpflichtet werden. Eine andere Frage ist es, wie diese Forderung rechtlich durchgesetzt werden kann. Die Schuld kann gar nicht anders als persönlich sein, die Haftung ist hingegen rein dinglich. Nur so erhält Art. 791 I ZGB einen vernünftigen Sinn.

[52] Zu dieser gehören auch noch drei Jahresleistungen. Für ältere haftet das Grundstück nicht mehr (Art. 791 II ZGB).

[53] LEEMANN, N 1 ff zu Art. 789; WIELAND, CARL, N 1 zu Art. 789.

[54] Art. 789 ZGB.

[55] Diese Regelung zeigt die Ohnmacht einer jeden Grundlastleistung.

[56] In dieser Ziffer 3 b aa cc dd.

Zum Teil abweichend vom Gültrecht ist hingegen die Ablösung der Grundlast geregelt in den Art. 787 f ZGB (über das Verhältnis zwischen Art. 850 und Art. 787 f ZGB vgl. LEEMANN, Kom. zu Art. 850 und N 4 zu Art. 787).

d) «Prekäre» Existenz des Anteils und dessen Belastung mit der Nutzniessung

aa) Werden mehrere oder alle Anteile, von denen mindestens einer mit einer Nutzniessung belastet ist, in einer Hand vereinigt, so muss auch hier der sonst eintretende Verschmelzungsprozess gehemmt werden. Dieser Gedanke ist schon mehrmals dargelegt worden und bedarf keiner weiteren Erörterung.

bb) Nicht weniger bekannt sind die Folgen der «Zergliederung» eines nutzniessungsbelasteten Anteils. Der in den Art. 744[57] und 833 ZGB ausgedrückte Gedanke muss auch hier gelten: Die Nutzniessung ergreift fortan den bisherigen, nunmehr geschwächten und den neu gebildeten Anteil.

cc) Anders als im Pfandrecht und im Grundlastrecht ist hingegen zu entscheiden, wenn die Miteigentümer insgesamt den Gemeinschaftsgegenstand veräussern. Hier greift das im Nutzniessungsrecht vorgesehene Surrogationsprinzip Platz (Art. 750 III und Art. 774 II ZGB). Das ursprünglich belastete Objekt, der Anteil, geht unter, und die Nutzniessung springt ipso iure auf den Ersatzgegenstand, etwa auf eine Geldforderung[58], über.

Diese Ordnung der Dinge ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz. Aber auch die Stellung des Nutzniessers in der Gemeinschaft verbietet es, Nutzniessung und Pfandrecht an einem Anteil gleich zu behandeln; denn anders als in Pfandrechtsverhältnissen geht, so scheint es mir, das Stimmrecht, jedenfalls teilweise, vom Anteilsinhaber auf den Nutzniesser über.

Grundsätzlich bestimmt schon Art. 755 II ZGB, dass die Verwaltung des belasteten Gegenstandes Sache des Nutzniessers sei. Allerdings ist diese umfassende Verwaltungskompetenz eingeschränkt, wenn die Nutzniessung nicht auf einer Sache, sondern auf einem Rechte ruht (Art. 773 f ZGB)[59, 60]. Handelt es sich dabei um ein Beteiligungsrecht, so gehört zu dessen Verwaltung doch wohl auch die (zumindest teilweise) Ausübung des Stimmrechts; denn diese Tätigkeit ist geeignet und oft auch nötig, um den Anteil zu bewirtschaften und in seinem Bestande zu erhalten. Dieser Gedanke ist denn auch in den Art. 690 II und 1167 I OR ausgedrückt: Der Nutzniesser, nicht der Aktionär, «vertritt» die Aktie in der Generalversammlung[61], und jener, nicht der Inhaber der Obligation, ist stimmberechtigt in der Gläubigerversammlung der Anleihensobligationäre[62]. Aber auch der Nutzniesser an einer StWE ist «in allen Fragen

[57] Vgl. Liver, N 7 und N 12 f zu Art. 744.

[58] Zur Nutzniessung an Surrogaten Leemann, N 7 ff zu Art. 750 und N 57 ff zu Art. 774.

[59] Die Art. 773–775 ZGB regeln nicht nur die Nutzniessung an Forderungen und «Wertpapieren». Der Gesetzgeber hatte gleichzeitig auch die Nutzniessung an anderen Rechten im Auge: Wieland, Carl, N 12 zu Art. 774; Leemann, N 1 zu Art. 774; Köfferli, 3 f.

[60] Zur Ordnung der Verwaltungskompetenz Köfferli, 21 ff und die dort zitierte Literatur.

[61] Dazu Bürgi, N 11 ff zu Art. 690; v. Steiger, 146 ff (mit weiterer Literaturangabe).

[62] Vgl. auch Köfferli, 78 f.

der Verwaltung mit Ausnahme der bloss nützlichen oder der Verschönerung und Bequemlichkeit dienenden baulichen Massnahmen» stimmberechtigt (Art. 712 o II ZGB).

Hier ist nicht der genaue Umfang des Stimmrechts eines Nutzniessers am gewöhnlichen Miteigentumsanteil zu fixieren[63]. Für unsere Fragestellung genügt die Erkenntnis, dass das Stimmrecht zum mindesten bis zu einem bestimmten Grade dem Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts zukommt.

Wenn diese Gedanken richtig sind, dann behielte der Nutzniesser sein Stimmrecht auch dann bei, wenn der belastete Anteil infolge Veräusserung des gemeinschaftlichen Gegenstands weiterhin ein selbständiges Dasein fristen würde. Das wäre aber eine Aussicht, die jeden potenziellen Erwerber abschrekken würde, so dass die Gemeinschaft als solche zu Schaden kommen könnte.

dd) Das Surrogationsprinzip muss auch dann Platz greifen, wenn die Gemeinschaft unter Aufteilung der Gemeinschaftssache aufgelöst wird. Immerhin ist die Zuteilung an die einzelnen in verschiedener Art und Weise möglich, was auf die Nutzniessungsbelastung des Surrogationsobjekts nicht ohne Folgen bleiben kann.

Das Problem ist dann einfach zu lösen, wenn der einzelne Genosse Gegenstände in dem seiner Beteiligung entsprechenden *Wert* erhält: entweder den quotenmässigen realen Teil des Gemeinschaftsgegenstandes, oder dann eine kleinere, dafür aber durch eine Abfindungssumme ergänzte reale Portion, oder schliesslich eine den ganzen Wert des Anteils ausmachende Geldsumme. In all diesen Fällen springt die Anteilsnutzniessung ipso iure auf die Ersatzgegenstände über[64]. Aber wie ist zu entscheiden, wenn auf den Inhaber des nutzniessungsbelasteten Anteils nicht bloss der quotenmässige, sondern ein grösserer realer Teil des Gemeinschaftsobjektes übertragen wird (vgl. Art. 651 I ZGB)?

Zwei Lösungen bieten sich an. Entweder operiert man wieder mit einem weiter bestehenden und verselbständigten Anteil – die Bedenken, die dagegen in der vorstehenden Litera cc) geäussert wurden, sind hier gegenstandslos, weil jener, der selbst die Nutzniessung eingeräumt hat (oder sein Rechtsnachfolger), so oder anders ein Mitspracherecht des Nutzniessers in Verwaltungsangelegenheiten zu dulden hat; oder man lässt die Nutzniessung auf den erhaltenen Gegenstand übergehen, wobei der Nutzniesser für den Mehrwert des Surrogats als Ausgleich einen Zins zu entrichten hat[65].

Welche der zwei Lösungen die angemessene ist, lässt sich nicht allgemein sagen. Bestand beispielsweise die Nutzniessung an einer Beteiligung zu einem Viertel und sind anlässlich der Teilung dem Inhaber dieses Anteils $^3/_4$ der ge-

[63] Dazu etwa die (allerdings sehr knappen) Ausführungen bei LEEMANN, N 32 zu Art. 745.
[64] LEEMANN, N 12 zu Art. 750.
[65] Dazu LEEMANN, N 9 zu Art. 750.

samten Liegenschaft überlassen worden, so wäre es unbillig, dem neuen Eigentümer den gesamten Gebrauch der Sache vorzuenthalten; denn möglicherweise sollte dieser grössere ausgekaufte Teil gerade einer bestimmten Verwendung zugeführt werden. Mit einer Zinsleistung wäre in solchem Falle wenig gedient. Besser ist es deshalb, sich an dem neu gebildeten Gegenstand einen nutzniessungsbelasteten Anteil zu denken, der nun, in unserem Beispiel, $^1/_3$ der Gesamtnutzungen umfassen muss ($^1/_3 \cdot {}^3/_4 = {}^1/_4$)[65a].

Diese Ordnung der Dinge wäre jedoch kaum brauchbar, wenn der zu einem Drittel Berechtigte anlässlich der Teilung beispielsweise $^5/_{12}$ der Liegenschaft zugewiesen erhielte. Die Nutzniessung müsste hier an einem gedachten Anteil weiterbestehen, der $^4/_5$ der Gesamtnutzungen des neu gebildeten Gegenstandes beinhalten müsste ($^4/_5 \cdot {}^5/_{12} = {}^1/_3$). Aber möglicherweise liesse sich für den kleinen Rest der Nutzungen nach den konkreten Umständen gar keine vernünftige Verwendung mehr finden. Dann soll eben die ursprüngliche Anteilsnutzniessung auf den neuen Gegenstand übergehen, und der daraus Berechtigte hat dem Eigentümer für $^1/_5$ der Nutzungen einen Zins zu entrichten.

Nach dem hier skizzierten Schema ist auch vorzugehen, wenn einem Miteigentümer der ganze gemeinschaftliche Gegenstand überlassen wird. In der Regel wird sich die zuerst aufgezeichnete Variante aufdrängen. Aber auch die zweite ist denkbar: Etwa dann, wenn das nutzniessungsbelastete Objekt in einer Beteiligung von $^5/_6$ bestand.

ee) Zu guter Letzt sind noch die Verhältnisse zu untersuchen, die entstehen, wenn die Miteigentümer insgesamt, ohne das Gemeinschaftsverhältnis aufzulösen, ihr Objekt zerstückeln und einen Teil davon veräussern. Die Lösung ergibt sich zwangslos aus dem bisher Gesagten: Der nunmehr reduzierte Anteil unterliegt weiterhin der Nutzniessung, und diese ergreift auch die diese Reduktion ausgleichenden Gegenstände.

ff) Am Ende dieser Ausführungen muss darauf hingewiesen werden, dass das Surrogationsprinzip die Interessen des Nutzniessers nicht immer einwandfrei zu wahren vermag. Was für das Pfandrecht gesagt wurde[66], gilt auch für die Nutzniessung. Und ganz prekär wäre die Lage des Anteilsnutzniessers, wenn der Gemeinschaftsgegenstand schenkungsweise auf einen Dritten übertragen würde, so dass an die Stelle des Anteils überhaupt kein Ersatzgegenstand treten würde. Der Nutzniesser ist gut beraten, wenn er diese Gefahren mittels besonderer Vereinbarung beseitigt – etwa dadurch, dass er sich für die anvisierten Vorgänge das

[65a] Um diese komplizierten Verhältnisse auszuschalten, wäre es allerdings auch möglich, in gegenseitigem Einverständnis die Anteilsnutzniessung in eine unübertragbare und unvererbliche Personaldienstbarkeit (i.S. des Art. 781 ZGB) an der neu gebildeten Sache umzuwandeln, deren Inhalt jenem einer Nutzniessung entsprechen, deren Umfang hingegen auf einen räumlich abgegrenzten Teil der Sache beschränkt sein müsste.

[66] In dieser Ziff. 3 b cc.

Stimmrecht in der Gemeinschaft vorbehält (falls man dieses nicht bereits aus den Art. 755 II und 773 f ZGB ableiten will[67]). Ist dies nicht geschehen, so wird man im erwähnten Schenkungsfalle wohl annehmen müssen, dass die Nutzniessung an einem verselbständigten Anteil weiterhin besteht; denn wo es keinen Ersatzgegenstand gibt, kann auch nicht das in den Art. 750 III und 774 II ZGB vorgesehene Surrogationsprinzip zur Anwendung gebracht werden.

§ 13 Gemeinschaftsverhältnis. Dessen Auswirkungen auf die Belastung

I. Der Schutz der Gemeinschaft im allgemeinen

Jede Gemeinschaft, die Bestand haben soll, bedarf eines besonderen Schutzes. Es gibt immer und überall «gehässige, unverträgliche, brutale, obstruktionsgierige oder übelbeleumdete»[1] Leute, die eine aufbauende Zusammenarbeit und ein erspriessliches Zusammenleben verunmöglichen.

Das neue Miteigentum – und noch akzentuierter das Stockwerkeigentum – ist pflichtgebundenes Eigentum[2]. Das Gesetz stellt denn auch den Beteiligten verschiedene gemeinschaftserhaltende Mittel zur Verfügung: Der Aufhebungsanspruch des gewöhnlichen Miteigentümers kann für die Dauer von 30 Jahren rechtsgeschäftlich beseitigt (Art. 650 I und II ZGB), der asoziale Genosse schlimmstenfalls aus der Gemeinschaft ausgestossen werden (Art. 649 b und Art. 649 c ZGB)[3]. Der Schutz geht aber noch weiter. Jeder gewöhnliche Miteigentümer vermag, durch Ausübung seines gesetzlichen Vorkaufsrechts (Art. 682 I ZGB), einen ihm missliebigen Dritten, der einen Anteil an einem Grundstück[4] erwerben möchte, von der Gemeinschaft fernzuhalten[5]. Der Stockwerkeigentümer hat dieses Recht von Gesetzes wegen nicht; das inhaltlich gleiche[6] Recht kann ihm jedoch im Begründungsakt oder durch nachträgliche Vereinbarung eingeräumt werden (Art. 712 c I ZGB).

Es fällt auf, dass das hier erwähnte Vorkaufsrecht – zumindest unter dem Gesichtspunkt des Gemeinschaftsschutzes – eine ähnliche Funktion erfüllt wie die

[67] Vgl. die Ausführungen in dieser Ziff. 3 d cc.

[1] Liver, Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, 181; auch Meier-Hayoz, N 2 zu Art. 649 b und 649 c.

[2] BGE *94* II 21.

[3] Vgl. darüber den begrüssenswerten Entscheid BGE *94* II 17 ff; dessen Besprechung Livers, ZBJV *106* (1970) 54 f.

[4] Anm. 42 des § 10.

[5] *Dieser* Zweck (es gibt noch einen anderen: § 12 III 1 a) des Vorkaufsrechts wird in Doktrin und Rechtsprechung oft betont: Liver, Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, 183; Meier-Hayoz, N 37 zu Art. 646; ders., Vorkaufsfall, 265; Leemann, N 2 zu Art. 682; Wiederkehr, 41; BGE *80* II 374.

[6] Friedrich, Praktische Fragen, 346; ders., Reglement, N 4 zu § 48.

Vinkulierung[7] im Aktienrecht. Diesem letzterwähnten Institut noch näher steht das rechtsgeschäftlich vereinbare Einspracherecht der Stockwerkeigentümer gegen die Veräusserung einer StWE. Hier kann die Übertragung des Anteils verhindert werden, ohne dass ein Beteiligter selbst dieses erwerben müsste.

Vorkaufsrecht und Einspracherecht gegen die Veräusserung einer StWE verfolgen, aus der hier allein massgebenden Sicht, den gleichen Zweck[8]. Sie wollen, wie gesagt, die Gemeinschaft vor unerwünschten Elementen sauber halten. Sie sind jedoch nur Schutzmittel gegen den Erwerb einer *Vollmitgliedschaft* und können nicht verhindern, dass ein Dritter an einem Anteil obligatorische oder dingliche *Nutzungs- und Gebrauchsrechte* erwirbt. Dieses letzte, weitergehende Ziel strebt indessen im Stockwerkeigentumsrecht – das gewöhnliche Miteigentumsrecht kennt dieses Mittel nicht – das rechtsgeschäftlich vereinbare Einspracherecht der Beteiligten gegen die Belastung der StWE mit der Nutzniessung oder dem Wohnrecht, dem Miet- oder Pachtrecht[9] (Art. 712 c II ZGB) an. Die erfolgreiche Ausübung dieses Einspracherechts verhindert die Entstehung der genannten Rechte.

Eine Gegenüberstellung der verschiedenen Schutzmittel – des Vorkaufsrechts und des Einspracherechts gegen die Veräusserung einer StWE einerseits, des Einspracherechts gegen die (obligatorische oder dingliche) Belastung der StWE andererseits – ist aufschlussreich. Die ersten zwei Mittel vermögen die Gemeinschaft nicht in der Totalität der Beziehungen zu schützen. Sie bezwecken, wie die Vinkulierung, vor allem, den Kreis der *Mitspracheberechtigten* unter Kontrolle zu halten; denn das Recht, in den gemeinschaftlichen Angelegenheiten mitreden und mitbestimmen zu dürfen, ist – wenn man vom *Umfang* der Benutzungsbefugnisse absieht – das Zusätzliche, das die Vollmitgliedschaft im Vergleich zu den (dinglichen) Nutzungs- und Gebrauchsrechten vermittelt. Die Mittel gegen die Veräusserung der Vollmitgliedschaft schützen demnach mit Sicherheit nur die *Verwaltungsgemeinschaft,* nicht jedoch die *Nutzungsgemeinschaft.* Die letztere umringt hingegen Wall und Graben des Einspracherechts gegen die Belastung der StWE mit (dinglichen oder obligatorischen) Nutzungs- und Gebrauchsrechten, also das Mittel gegen den Erwerb – kurz gesagt – eines Nutzungsrechts.

Im Einzelfalle kann es fraglich sein, ob das Einspracherecht gegen die Veräusserung der StWE gegeben ist, wenn Begründungsakt oder Reglement lediglich ein solches gegen die Einräumung von Nutzungsrechten enthält. Das ist eine Frage, die sich nicht allgemein beantworten lässt. Durch Auslegung wird man den wahren Willen der Beteiligten ermitteln müssen. Ist nebst dem zu-

[7] Über den Zweck der Vinkulierung BÜRGI, N 6 ff zu Art. 686.
[8] Darüber Botschaft, 1514; Bulletin StR, 217.
[9] Der Vermietung kann ohne Bedenken auch die Verpachtung gleichgestellt werden: FRIEDRICH, Reglement, N 3 zu § 49 und § 12 I.

letzt erwähnten Einspracherecht auch ein Vorkaufsrecht statuiert, so wird man sagen dürfen, dass die Stockwerkeigentümer dieses Recht für ein ausreichendes Schutzmittel der Verwaltungsgemeinschaft gehalten haben; ein Einspracherecht gegen die Veräusserung einer StWE wird man diesfalls in das Statut nicht hineininterpretieren können. Enthält dieses hingegen lediglich das Mittel zum Schutze der Nutzungsgemeinschaft, so lässt sich mit guten Gründen annehmen, dass auch die Verwaltungsgemeinschaft geschützt werden wollte; denn die Gegenwart eines unbeliebten Dritten in der erstgenannten ist doch weit weniger gravierend als dessen Mitwirkung in der zweitgenannten. Es wäre unbegreiflich, wenn die Stockwerkeigentümer nur den Eintritt in die Nutzungs-, nicht auch jenen in die Verwaltungsgemeinschaft unter Kontrolle halten wollten: a minore ad maius[10]. Man wird hier also regelmässig den Beteiligten das Einspracherecht gegen die Veräusserung eines Stockwerkes zugestehen müssen.

Im folgenden geht es nun um die Frage, ob und inwieweit die Belastung der Anteile die beiden namhaft gemachten Gemeinschaftserscheinungen berührt.

II. Schutz der Verwaltungsgemeinschaft

1. Einspracherecht gegen den Übergang des Stimmrechts auf den Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts

a) Sofern der Hinzutritt Dritter zur Verwaltungsgemeinschaft kraft Erwerbs einer Mitgliedschaft und anhand der hiervor genannten Mittel unter Kontrolle steht, kann es nicht zulässig sein, dass dieselben Personen auf dem Umweg über die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten sich doch noch in dieselbe Gemeinschaft Zutritt verschaffen. Die Überprüfungsbefugnis ist, so scheint es mir, umfassend. Den Beteiligten liegt es daran, zu bestimmen, mit wem sie es in Zukunft zu tun haben – unbekümmert darum, ob der Eintritt in ihre Sphäre kraft Erwerbs einer Mitgliedschaft oder kraft anderen Rechtstitels erfolgt.

Es ist denkbar, dass der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts auch befugt ist, das Stimmrecht auszuüben. Von Gesetzes wegen steht dieses Recht in bestimmtem Umfange nur dem Nutzniesser[11] und dem Wohnrechtsberechtigten (Art. 776 III ZGB)[12] zu. Es ist indessen nicht ausgeschlossen, dass dasselbe Recht vertraglich auch dem Pfandgläubiger, dem Grundlastgläubiger und dem Grunddienstbarkeitsberechtigten (oder dem Inhaber einer der Grund-

[10] Solche logischen Schlüsse sind immerhin mit Vorsicht anzuwenden. Darüber Deschenaux, Einleitungstitel, 91 f.

[11] § 12 III 3 d cc.

[12] Vgl. auch hinten in dieser Ziff. II 3.

dienstbarkeit inhaltlich entsprechenden persönlichen Dienstbarkeit) eingeräumt wird. In all diesen Fällen berührt die dingliche Belastung eines Anteils auch das Verhältnis innerhalb der Verwaltungsgemeinschaft.

Das einfachste und sicherste Mittel, der geschilderten Gefahr entgegenzutreten, liegt, wie im Aktienrecht[13], in der besonderen Ausgestaltung der Nutzungs- und Verwaltungsordnung. Sie kann vorsehen, dass das Recht zur Verwaltung und zur Mitbestimmung in gemeinschaftlichen Angelegenheiten stets beim Anteilsinhaber bleiben müsse. Diese Ordnung der Dinge ist alsdann nicht nur für die Anteilsinhaber unter sich, sondern auch für dinglich Berechtigte an den Beteiligungen verbindlich (Art. 649 a ZGB).

Eine solche Regelung wird indes in den meisten zur Beurteilung vorliegenden Fällen fehlen.

Eine Gefahr für die Gemeinschaft besteht zunächst auch dann nicht, wenn die Parteien unter sich vertraglich das Stimm- und Verwaltungsrecht beim Anteilsinhaber belassen (statt sie dem am Anteil dinglich Berechtigten einzuräumen). Allein es besteht keine Gewähr dafür, dass der Vertrag nicht in einem späteren Zeitpunkt gerade in dieser Frage abgeändert wird. Alsdann müssen die Mit- und Stockwerkeigentümer immer noch die Möglichkeit haben, den Pass des in ihr Reich Eindringenden anzusehen.

b) Von besonderer Bedeutung ist die Frage nach dem Mittel, das den Übergang des Stimmrechts auf den dinglich Berechtigten am Anteil zu verhindern vermag.

Man wird nicht sagen können, dass stets dann, wenn die hier in Frage stehenden Schutzmittel der Gemeinschaft vorliegen, das Stimmrecht ipso iure beim Anteilsinhaber verbleiben müsse und nicht auf den dinglich Berechtigten am Anteil übergehen könne. Eine solche Ordnung würde keine gesetzliche Stütze finden. Zudem wäre die Sperrwirkung schärfer als beim Vorkaufsrecht und beim hier anvisierten Einspracherecht gegen die Veräusserung einer StWE, denen ja die Grundgedanken dieser Ausführungen entnommen werden. Beide Institute verhindern nicht schlechthin den Übergang des Anteils auf einen Dritten. Sie sind nur eine Notbremse, die es zu betätigen gilt; ihre Sperrwirkung tritt nicht von selbst ein, sondern verlangt stets ein Handeln der Berechtigten. Dieser Mechanismus muss auch gelten, wenn es darum geht, den Übergang des Stimmrechts auf den am Anteil dinglich Berechtigten zu verhindern.

Dem Institut des Vorkaufsrechts lässt sich für die Beantwortung der aufgeworfenen Frage nichts entnehmen; denn ein Vorkaufsrecht an einem Stimmrecht gibt es nicht. Hingegen bietet das Einspracherecht eine Verfahrensregel an: Die Veräusserung eines Stockwerkes ist nur rechtsgültig, «wenn die übri-

[13] SAG *14* (1941/42) 202 ff; v. Steiger, 147.

gen Stockwerkeigentümer dagegen nicht auf Grund eines von ihnen gefassten Beschlusses binnen 14 Tagen seit der ihnen gemachten Mitteilung Einsprache erhoben haben» (Art. 712 c II ZGB). Der dritte Absatz des Art. bestimmt weiter, dass nur die aus wichtigem Grund erhobene Einsprache zu schützen sei.

Es scheint mir, dass dieses Einspracheverfahren auch geeignet ist, um die Verwaltungsgemeinschaft vor Inhabern beschränkter dinglicher Rechte zu schützen. Gegen dessen Anwendung im Stockwerkeigentumsrecht lässt sich kaum etwas einwenden. Aber auch gegen dessen Übertragung auf das gewöhnliche Miteigentumsrecht liegen keine anderen als systematische Bedenken vor. Diese fallen indessen kaum ins Gewicht, geht es doch lediglich um die Übernahme einer *Verfahrens*regel. Der *materielle Gehalt* der Einsprache ist ja (unter anderem) dem seit alters her im Miteigentumsrecht beheimateten Institut des Vorkaufsrechts selbst entnommen worden.

Ich nenne das hier entwickelte Recht *Stimmrechtseinsprache*. Damit ist eine kurze Redewendung und eine klare Sonderung im Ausdruck gewonnen gegenüber den eigentlichen Einsprachen des Art. 712 c II ZGB, die gegen die Veräusserung einer StWE und gegen deren Belastung mit dinglichen oder obligatorischen Nutzungsrechten gerichtet sind. Der gewählte Ausdruck sagt auch aus, dass diese Einsprache lediglich eine Handhabe zum Schutze der Verwaltungsgemeinschaft liefert. Den Weg zur Nutzungsgemeinschaft vermag sie nicht zu versperren.

2. Geltungsbereich der Stimmrechtseinsprache

a) Die Stimmrechtseinsprache ist den Instituten des Vorkaufsrechts und des Einspracherechts gegen die Veräusserung einer StWE entnommen worden. Daraus folgt, dass sie nur zur Verfügung steht, sofern im konkreten Verhältnis mindestens eines dieser beiden Institute von Gesetzes wegen oder kraft Vereinbarung besteht. Zudem muss ihr Geltungsbereich jenem der genannten Institute entsprechen. Der Schutz der Verwaltungsgemeinschaft vor dem Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts an einem Anteil kann nicht weiter reichen als der Schutz vor dem Erwerber einer Beteiligung. Wenn auf Grund besonderer Umstände der Erwerber eines Anteils unkontrollierten Zugang zur genannten Gemeinschaft vorfindet, dann kann dem Erwerber eines beschränkten dinglichen Rechts am Anteil unter den gleichen Umständen der Weg dahin auch nicht versperrt sein; denn das Holz zu dieser zweiten Sperre findet sich nur dort, wo auch die erstgenannte (gegen den Übergang eines Anteils) errichtet werden könnte. Der Wirkungsbereich der Stimmrechtseinsprache ergibt sich demnach aus demjenigen der ihr zugrunde liegenden Institute. Es ist daher im folgenden zu untersuchen, wie weit diese reichen.

b) Das gesetzliche Vorkaufsrecht des gewöhnlichen Miteigentümers besteht nur gegen den *Nicht*miteigentümer, der einen Anteil an einem *Grundstück*[14] erwirbt (Art. 682 I ZGB). Die Stimmrechtseinsprache spielt demnach nicht, wenn zugunsten eines der gleichen Gemeinschaft angehörenden Miteigentümers ein beschränktes dingliches Recht errichtet wird.

Der Anwendungsbereich des Vorkaufsrechts kann indessen vertraglich auf weitere Fälle ausgedehnt oder umgekehrt eingeschränkt werden. In demselben Umfang verändert sich dann auch der Geltungsbereich der Stimmrechtseinsprache.

Das Fahrnisrecht kennt kein gesetzliches Vorkaufsrecht[14a]. Durch Parteiabrede kann es jedoch, und mit ihm das besondere Schutzmittel, eingeführt werden[15].

c) Auch das Stockwerkeigentumsrecht kennt kein gesetzliches Vorkaufsrecht. Aber auch hier besteht die Möglichkeit seiner rechtsgeschäftlichen Errichtung mit den entsprechenden Auswirkungen (Art. 712 c I ZGB).

Nebst dem Vorkaufsrecht können die Stockwerkeigentümer rechtsgeschäftlich auch das eigentliche Einspracherecht gegen die Veräusserung einer StWE einführen. Es fragt sich daher, gegen welche Personen dieses Recht im gesetzlichen Normalfall – vorbehältlich besonderer Vereinbarung – seine Wirkung zu entfalten vermag.

Der Geltungsbereich des genannten Einspracherechts entspricht demjenigen des Vorkaufsrechts. Das geht sowohl aus der Botschaft als auch aus den parlamentarischen Beratungen hervor. So hat der Bundesrat[16] ausgeführt: «Auf der anderen Seite darf nicht übersehen werden, dass es auch für das gute Einvernehmen zwischen den Stockwerkeigentümern und die dadurch bedingte reibungslose Ausübung des Stockwerkeigentums entscheidend sein kann, missliebigen, unverträglichen Elementen den *Eintritt* in die Gemeinschaft infolge des Erwerbs eines Stockwerkes oder des Nutzungsrechtes an ihm *verwehren* zu können. *Diese Abwehr* aber soll nach Art. 712 c den Beteiligten selber durch Vereinbarung eines Vorkaufsrechtes *oder durch die vertragliche Einführung eines Einspruchsverfahrens* überlassen und anheimgestellt werden» [überall von mir hervorgehoben]. Im gleichen Sinne hat sich auch BOLLA im Ständerat geäussert[17]: «Toutefois, les copropriétaires [gemeint sind die Stockwerkeigentümer] qui voudraient se défendre contre la possibilité que des personnes indésirables *entrent* dans la communauté, ont la possibilité de convenir un droit de préemption *ou une procédure d'opposition*» [überall von mir hervorgehoben]. Und schliesslich ist auch § 12 des deutschen WEG, der dem Art. 712 c II und III

[14] Anm. 42 des § 10.
[14a] Vgl. immerhin Anm. 42 des § 10.
[15] LEEMANN, N 11 zu Art. 682.
[16] Botschaft, 1514.
[17] Bulletin StR, 217.

ZGB als Vorbild gedient hat[18], nicht gegen die Mitgenossen, sondern gegen den Beitritt neuer Miteigentümer gerichtet[19].

Aus diesen Ausführungen ergibt sich, dass es für den Anwendungsbereich der Stimmrechtseinsprache gleichgültig ist, ob sie sich auf das Vorkaufsrecht oder auf das Einspracherecht gegen die Veräusserung einer StWE stützt.

d) Es bleibt zu untersuchen, ob die Stimmrechtseinsprache spielt, falls das beschränkte dingliche Recht seinen Entstehungsgrund im Erbrecht oder im Familienrecht hat.

Nach herrschender Lehrmeinung[20] stellt die erbrechtliche Sukzession keinen Vorkaufsfall dar. Dasselbe lässt sich ohne Bedenken auch für den Übergang des Anteils kraft ehelichen Güterrechts sagen. Daraus folgt, dass die erbrechtlich[21] begründete Entstehung eines beschränkten dinglichen Rechts ausserhalb des Wirkungsbereichs der Einsprache liegt. Aber auch gegen den Eintritt des am eingebrachten Gut der Ehefrau nutzungsberechtigten Ehemannes (Art. 201 und 247 ZGB) in die Verwaltungsgemeinschaft sind Mit- und Stockwerkeigentümer, im gesetzlichen Normalfall, wehrlos. Nichts spricht schliesslich dagegen, auch das elterliche Nutzungsrecht am Kindsvermögen den zwei besprochenen Sonderfällen gleichzusetzen, liegt doch selbst das Stimmrecht aus einer zum Kindsvermögen gehörenden vinkulierten Aktie bei den Eltern[22].

Nicht anders ist der Wirkungsbereich der Stimmrechtseinsprache umgrenzt, wenn sie ihre Lebenskraft nicht dem Vorkaufsrecht, sondern dem Einspracherecht gegen die Veräusserung einer StWE entnimmt; denn auch dieses letztgenannte Recht vermag nicht, vorbehältlich besonderer Abrede, eine Handänderung des Anteils kraft Familien- oder Erbrechts zu verhindern[23].

3. Stimmrechtseinsprache gegen die Bestellung eines Wohnrechts

Ob die Stimmrechtseinsprache gegen den Wohnrechtsberechtigten je praktische Bedeutung erlangen kann, entscheidet sich danach, ob dieser in die Lage versetzt wird, das Stimmrecht auszuüben. Vertraglich kann ihm dieses Recht gewiss eingeräumt werden. Aber auch von Gesetzes wegen scheint er unter gewissen Voraussetzungen und in bestimmtem Umfang in dessen Genuss zu gelangen; denn das Wohnrecht steht, soweit das Gesetz nicht anders ordnet (was

[18] Liver, Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, 188; Botschaft, 1514.

[19] Sörgel/Siebert/Baur, N 1 und N 2 zu § 12 WEG; Weitnauer/Wirths, N 1 und N 6 b zu § 12 WEG; Bärmann, WEG, 364.

[20] Liver, Besprechung von BGE *89* II 444 ff, in ZBJV *100* (1964) 461; Meier-Hayoz, Vorkaufsfall, 268; Friedrich, Reglement, N 7 zu § 48; Leemann, N 46 zu Art. 681 und N 16 zu Art. 682; Haab, N 32 zu Art. 681/682; Wiederkehr, 121; BGE *89* II 446.

[21] Es ist nicht nur an die Art. 462, 473 und 460 ZGB zu denken, sondern ganz allgemein an die Zuwendung eines beschränkten dinglichen Rechts kraft Verfügung von Todes wegen.

[22] Lanz, 182.

[23] Friedrich, Reglement, N 3 zu § 49.

in den Art. 776–778 ZGB geschehen ist), unter den Bestimmungen über die Nutzniessung (Art. 776 III ZGB). Zu diesen gehört auch Art. 712 o II ZGB, der das Stimmrecht an einer nutzniessungsbelasteten StWE regelt. Ob diese Norm für jede Wohnrechtsform[24] gelte, ist indessen mehr als zweifelhaft.

Es ist nicht Aufgabe dieser Arbeit, diese Frage zu beantworten. Hier ist lediglich festzuhalten, dass die Stimmrechtseinsprache stets dort ein Wirkungsfeld vorfindet, wo dem Wohnrechtsberechtigten der Zugang zur Verwaltungsgemeinschaft offenstünde.

4. Stimmrechtseinsprache und Wechsel des Inhabers des beschränkten dinglichen Rechts

Es ist denkbar (wenn auch tatsächlich selten vorkommend), dass kraft besonderer Abrede dem Grunddienstbarkeitsberechtigten das Stimmrecht wenigstens in einzelnen Gemeinschaftsfragen eingeräumt und dass dagegen keine Einsprache erhoben wurde. Mit jedem Subjektwechsel des herrschenden Grundstücks erhält indessen auch die Grunddienstbarkeit einen neuen Inhaber, den die Stockwerkeigentümer (auf den gewöhnlichen Anteil kann gar keine Grunddienstbarkeit gelegt werden) nicht tatenlos zu akzeptieren haben. Anlässlich eines solchen Subjektwechsels muss ihnen von neuem das Einspracherecht zugestanden werden. Sollten ihre Bemühungen erfolgreich sein, so muss das Stimmrecht auf den Inhaber der belasteten StWE zurückfallen.

Dasselbe ist zu sagen, wenn die StWE mit einer übertragbaren und vererblichen «anderen Dienstbarkeit» im Sinne des Art. 781 II ZGB belastet ist.

Nicht anders kann es sich schliesslich verhalten, wenn ausnahmsweise dem Inhaber eines Wertrechts das Stimmrecht eingeräumt und belassen wurde, dieses Recht aber später sein Subjekt wechselt.

III. Schutz der Nutzungsgemeinschaft. Die Einsprache des Art. 712 c II und III ZGB

1. Persönlicher Geltungsbereich der Einsprache

Nur die Stockwerkeigentümer haben die Möglichkeit, rechtsgeschäftlich das weitgehende und die Verfügungsfreiheit der Beteiligten in einschneidender Art und Weise beschränkende Einspracherecht einzuführen, das unerwünschte Ele-

[24] Über die verschiedenen Formen, in denen die Ausübung des Wohnrechts möglich ist, Heinz, 21 ff.

mente selbst von der Nutzungsgemeinschaft fernzuhalten vermag[25]. Das gewöhnliche Miteigentumsrecht kennt keine dem Art. 712 c II und III ZGB entsprechende Bestimmung.

Die Frage, wie weit das Einspracherecht reiche, entscheidet sich nach der reglementarischen Umschreibung. Hier kann nur dessen Wirkungsbereich auf Grund der gesetzlichen Formulierung untersucht werden.

Das der gleichen Bestimmung angehörende Einspracherecht gegen die *Veräusserung* einer StWE wirkt nur gegen ausserhalb der Gemeinschaft stehende Dritte; desgleichen vermag es gegen eine erb- oder familienrechtlich begründete Handänderung nichts auszurichten[26]. Genau gleich muss aber auch der persönliche Wirkungsbereich der Einsprache gegen die Einräumung obligatorischer oder dinglicher Nutzungsrechte umgrenzt sein; denn es wäre unbegreiflich, weshalb die Türe zum Vorzimmer – zur Nutzungsgemeinschaft – versperrt sein sollte, wenn der Zugang zum Saal und von dort aus wiederum zu demselben Vorzimmer – sowohl zur Nutzungs- als auch zur Verwaltungsgemeinschaft über den Erwerb der Vollmitgliedschaft – offensteht: a maiore ad minus.

Im Unterschied zu dieser Auffassung will FRIEDRICH[27] den persönlichen Wirkungsbereich der Einsprache zum Schutze der Nutzungsgemeinschaft (nicht jedoch jenen der Einsprache gegen die Veräusserung einer StWE[28]) zumindest auch auf das Erbrecht ausdehnen. Das hätte jedoch, wie leicht nachzuweisen ist, merkwürdige Konsequenzen. Wenn der Ehefrau als einer Erbin des Ehemannes durch Teilungsvorschrift (Art. 608 ZGB) eine StWE zugewiesen würde, dann wären die Stockwerkeigentümer gegen den Übergang dieses Anteils auf die Frau machtlos. Hingegen stünde ihnen ihr Einspracherecht zu, falls der gleiche Ehemann von seinem in Art. 473 ZGB statuierten Recht (erweiterte verfügbare Quote) Gebrauch machte und derselben Ehefrau durch Verfügung von Todes wegen die Nutzniessung an seinem gesamten Vermögen zuwendete. Die unterschiedliche Behandlung der beiden aufgezeichneten Vorgänge lässt sich jedoch, wie mir scheint, materiell nicht rechtfertigen.

2. Sachlicher Geltungsbereich der Einsprache

a) Negative Dienstbarkeiten

Nur wer befugt ist, in *positiver* Art und Weise auf die Sache einzuwirken, vermag auch die Nutzungsgemeinschaft tatsächlich zu stören. Der Berechtigte

[25] In diesem § I.
[26] In diesem § II 2 c und d.
[27] Reglement, N 3 und N 5 zu § 49.
[28] Reglement, N 3 zu § 49.

aus einer negativen Dienstbarkeit hat indessen keine solchen Befugnisse; er ist für die Nutzungsgemeinschaft sozusagen ein «extraneus», der niemanden mit seiner Gegenwart und mit seinem Gebaren belästigt. Daraus folgt, dass die Ergreifung der hier anvisierten Einsprache gegen die Errichtung von negativen Dienstbarkeiten ins Leere stösst.

b) Sachlicher Geltungsbereich auf Grund der Formulierung des Art. 712 c II ZGB

aa) Zur Festlegung des sachlichen Geltungsbereichs der Einsprache auf Grund des zitierten Artikels ist die Beantwortung der Frage massgebend, ob diese Bestimmung lediglich die räumlich umfassende oder aber auch die teilweise (dingliche oder obligatorische) Gebrauchsüberlassung der StWE im Auge habe.

Das Gesetz spricht von der «Veräusserung eines Stockwerkes, dessen Belastung mit einer Nutzniessung oder einem Wohnrecht sowie die Vermietung...».

Die Veräusserung kann nur die StWE in ihrer Ganzheit erfassen. Dasselbe ist von der Nutzniessung zu sagen, denn diese «verleiht dem Berechtigten, wo es nicht anders bestimmt ist[29], den vollen Genuss des Gegenstandes» (Art. 745 II ZGB). Der Satzbau lässt weiter erkennen, dass der Gesetzgeber auch nur an die Vermietung der *ganzen* StWE, nicht auch an die (obligatorische) Gebrauchsüberlassung einzelner Räume, gedacht hat: «... die Veräusserung eines Stockwerkes ... sowie die Vermietung [eines Stockwerkes]...» In diesem Gesamtbild muss auch die Belastung mit dem Wohnrecht gesehen werden. Auch hier hatte der Gesetzgeber nur gerade jenes Recht im Auge, das in seiner Ausübung die StWE in ihrer räumlichen Ganzheit belegt[30]. Das ist nur gerade das ausschliessliche Wohnrecht an der ganzen StWE[31]. Gegen die Bestellung eines anderen Wohnrechtes, das seinem Inhaber nicht diese (räumlich) umfassende Benutzungsbefugnis vermittelt, versagt die Einrede auf Grund des Art. 712 c II ZGB.

bb) Die Errichtung einer Grunddienstbarkeit oder einer inhaltlich gleichen persönlichen Dienstbarkeit erwähnt das Gesetz in der genannten Bestimmung nicht. Aber diese Rechte können, zumindest bis zu einem gewissen Grad, den gleichen Inhalt aufweisen wie obligatorische Rechte, insbesondere wie das Mietrecht[32].

[29] Einzelne Nutzungen können vertraglich ausgeschlossen werden; dagegen ist es nicht zulässig, das Recht von vornherein auf *bestimmte* Einzelnutzungen zu beschränken: LEEMANN, N 2 zu Art. 745.

[30] Als dingliches Recht belastet jedes Wohnrecht stets die StWE als Ganzes. Die Rechts*ausübung* kann indessen nach bestimmten Richtungen hin räumlich präzisiert und eingeschränkt werden: LIVER, N 24 ff zu Art. 730 und N 2 ff zu Art. 742.

[31] Über andere Wohnrechtsformen HEINZ, 21 ff.

[32] Über Dienstbarkeiten und obligatorische Rechte gleichen Inhalts LIVER, N 129 ff der Einleitung.

«Sachenrecht und Obligationenrecht sind nicht verschiedene Welten[33].» Wenn also gegen die Einräumung eines obligatorischen Rechts Einsprache erhoben werden kann, dann muss dies um so mehr auch gegen die Errichtung eines inhaltlich gleichen, in seinen Wirkungen jedoch bedeutend weitergehenden dinglichen Rechts möglich sein[34]: a minore ad maius.

Die Einsprache des Art. 712 c II ZGB ist lediglich gegen die Gebrauchsüberlassung der gesamten StWE gerichtet. So umfassend kann jedoch der Inhalt einer Grunddienstbarkeit niemals sein. Sie gewährt ihrem Inhaber immer nur vereinzelte, bestimmte Einwirkungsmöglichkeiten auf den belasteten Gegenstand[35]. Daraus folgt, dass die Errichtung von Grunddienstbarkeiten und von ihnen inhaltlich entsprechenden persönlichen Dienstbarkeiten ausserhalb des Geltungsbereichs des hier besprochenen Schutzmittels der Nutzungsgemeinschaft liegt.

c) Sachlicher Geltungsbereich auf Grund anderslautender Vereinbarung

aa) Die Stockwerkeigentümer müssen nicht die Formulierung des Art. 712 c II ZGB übernehmen. Es steht ihnen frei, das Einspracherecht auf einzelne der dort genannten Rechtsgeschäfte einzuschränken oder umgekehrt auch auf die Gebrauchsüberlassung bloss einzelner Teile der StWE auszudehnen. Das ist bei FRIEDRICH[36] geschehen: «Gegenüber Vereinbarungen, mit denen ein Stockwerk ganz oder teilweise an Dritte zum Gebrauch überlassen wird (Mietverträge, Einräumung von Wohn- und Nutzniessungsrechten), können die übrigen Stockwerkeigentümer Einsprache erheben.» In solchen Fällen ist es Sache der Vertragsauslegung, den sachlichen Geltungsbereich der Einsprache zu ermitteln. Insbesondere ist es denkbar, dass er sich auch auf die Bestellung von Wohnrechten, die keine ausschliessliche Benutzung der ganzen StWE gestatten, und auf die Errichtung von Grunddienstbarkeiten und inhaltlich ihnen entsprechenden persönlichen Dienstbarkeiten ausweitet (weil die Einräumung von inhaltlich gleichen obligatorischen Rechten zum Einsprachekreis gehört).

Die Errichtung der zwei letztgenannten Rechte bedarf noch besonderer Betrachtung.

bb) Die Einsprache ist unwirksam, wenn sie ohne wichtigen Grund erhoben wird (Art. 712 c III ZGB). Dieser Grund wird regelmässig in der Person des

[33] LIVER, N 140 der Einleitung.

[34] Auch die Umkehrung dieses Satzes muss gelten: Wenn der Eintritt eines bestimmten *praktischen* Resultats durch die Vereinbarung eines Einspracherechts gegen die *dingliche* Belastung einer StWE verhindert werden wollte (z. B. Einspracherecht gegen die Bestellung eines Wohnrechts), dann muss die gleiche Verfügungsbeschränkung auch gelten, falls statt des dinglichen ein inhaltlich und in den praktischen Konsequenzen gleiches *obligatorisches* Recht eingeräumt wird (z. B. Vereinbarung einer langjährigen und vorgemerkten Miete).

[35] LIVER, N 6 ff zu Art. 730.

[36] Reglement, § 12 I.

Dienstbarkeitsberechtigten zu suchen sein. Aber wie ist vorzugehen, wenn die Dienstbarkeit später ihr Subjekt wechselt?

Dieser Subjektwechsel tritt stets dann ein, wenn das herrschende Grundstück die Hand ändert; die Grunddienstbarkeit teilt notwendigerweise dessen Schicksal. Gegen eine solche Ersetzung der einen Person durch eine andere wäre die Einsprache völlig wirkungslos; denn sie kann nicht das Schicksal des herrschenden Grundstücks bestimmen, und noch weniger vermag sie die Grunddienstbarkeit von ihm zu trennen.

Wenn die Schutzwirkung, die die Einsprache bezweckt, voll verwirklicht werden soll, dann gibt es nur eine Lösung: Jede Errichtung einer Grunddienstbarkeit muss dem Einspracherecht unterliegen. Nur auf diese Weise ist den Stockwerkeigentümern ein Mittel in die Hand gelegt, das ihre Nutzungsgemeinschaft auch umfassend schützt. Dieser Vorschlag ist allerdings nur schwer mit der Bestimmung des dritten Absatzes des Art. 712 c ZGB in Einklang zu bringen. Aber man steht vor der Entscheidung: Soll die Verfügungsfreiheit des einzelnen den Gemeinschaftsinteressen vorgehen? Mir scheint, dass die letztgenannten den Vorzug verdienen. Stockwerkeigentum ist in die Gemeinschaft gebettetes Eigentum.

Von dieser Ausnahme ist indessen abzuweichen und die Regel, wonach Voraussetzung einer wirksamen Einsprache das Vorliegen eines wichtigen Grundes ist, muss angewendet werden, wenn die Grunddienstbarkeit zugunsten einer anderen StWE am gleichen gemeinsamen Gebäude errichtet wird[37]; denn zukünftige Inhaber dieses Rechts gehören ja stets der Stockwerkeigentümergemeinschaft an.

Die Regel muss auch gelten, wenn eine inhaltlich der Grunddienstbarkeit entsprechende eigentliche Personaldienstbarkeit errichtet wird; denn in solchen Fällen besteht die geschilderte Gefahr eines Subjektwechsels überhaupt nicht.

Aber auch anlässlich der Begründung einer inhaltlich der Grunddienstbarkeit entsprechenden irregulären Personaldienstbarkeit ist von der hiervor aufgestellten Ausnahme abzusehen. Dafür muss den Beteiligten das Einspracherecht erneut zugestanden werden, wenn die Dienstbarkeit in einem späteren Zeitpunkt die Hand ändern sollte. Damit ist ihnen der nötige Schutz gewährt.

3. Verhältnis der Stimmrechtseinsprache zur Einsprache zum Schutze der Nutzungsgemeinschaft

Soweit die Einsprache zum Schutze der Nutzungsgemeinschaft gegeben ist, bleibt die Stimmrechtseinsprache gegenstandslos; denn die erstgenannte ver-

[37] Gegen die der gleichen Gemeinschaft angehörenden Stockwerkeigentümer ist zudem die Einsprache in der Regel wirkungslos, weil ihr persönlicher Geltungsbereich im allgemeinen nicht so weit reicht: in diesem § III 1.

mag ja die Entstehung des fraglichen Rechts zu verhindern und bewirkt so den totalen Schutz der Gemeinschaft in allen ihren Erscheinungen. Nur ausserhalb des Geltungsbereiches dieser Einsprache bleibt Wirkungsraum für ihre Schwester, für die Stimmrechtseinsprache.

IV. Verfügungsfreiheit und Änderung der Zweckbestimmung des Gebäudes

1. Problem

a) Die Zweckbestimmung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes beeinflusst in massgebender Art und Weise den Inhalt eines Anteils und somit auch die Antwort auf die Frage nach seiner Belastbarkeit. Es ist nicht dasselbe, ob die Räumlichkeiten bloss zu Wohnzwecken oder auch zur Ausübung irgendeines Gewerbes verwendet werden können.

Zur Veränderung der Zweckbestimmung bedarf es, sofern keine andere Ordnung vereinbart ist, der Übereinstimmung aller Miteigentümer (Art. 648 II ZGB)[38]. Aber hier kann es nun sein, dass der einzelne, dessen StWE mit *inhaltlich fixierten* beschränkten dinglichen Rechten belastet ist, in der Freiheit seiner Willensbildung und Willensäusserung beeinträchtigt ist, so dass er, vielleicht widerwillig, die Zustimmung zu einer neuen Bestimmung der Sache, die möglicherweise notwendig ist und die er begrüssen würde, verweigert. Der Nachteil daraus würde die Stockwerkeigentümer insgesamt treffen. Die Wirkungen der Errichtung eines solchen Rechts gehen über den Interessenkreis des Verfügungsberechtigten hinaus – ein Ergebnis, das die Rechtsordnung zu verhindern suchen muss.

Rein *theoretisch* besteht zwar diese Einengung in der Stimmabgabe (und infolgedessen die Benachteiligung der Gemeinschaft) nicht. Auch der Inhaber einer in der hier beschriebenen Art und Weise belasteten StWE kann in die Zweckänderung einwilligen. Ist der gemeinsame Wille auf diese Weise zustande gekommen, so kann der Beschluss nicht etwa durch den Berechtigten aus einem beschränkten dinglichen Recht umgestossen werden; denn sein Recht ist nur durch die Handlung des einen Stockwerkeigentümers, nicht auch durch die Tätigkeit der Gemeinschaft als solcher verletzt worden. So ist es denkbar, dass die Zweckänderung trotz einer Anteilsbelastung Tatsache wird und dass die Anteile (die StWE) in verbindlicher Art und Weise eine neue Gestalt erhalten. Dieser neue Inhalt ist jedoch nicht nur für die Stockwerkeigentümer unter sich, sondern auch für Berechtigte an den einzelnen StWE verbindlich (Art. 649 a ZGB). So kann es leicht eintreten, dass beispielsweise eine

[38] Vgl. auch FRIEDRICH, Reglement, N 8 zu § 8 und § 36 a.

Grunddienstbarkeit an einem so veränderten Anteil nicht mehr ausgeübt werden kann, weil diesem die Befugnisse, die den Inhalt des beschränkten dinglichen Rechts ausmachen, durch die Zweckänderung gleichsam entzogen wurden. Wenn jemand beispielsweise das Recht hat, gewisse Räume als Garagen zu benützen, dann verliert dieses Recht seine Grundlage, sobald die Zweckbestimmung des gemeinsamen Gebäudes ausschliesslich auf das Wohnen eingeschränkt wird. Damit wird sich jedoch der Dienstbarkeitsberechtigte nicht abfinden. Zwar kann er nicht behaupten, sein Recht bleibe – weil dinglicher Natur – von der Zweckänderung unberührt. Der belastete Gegenstand selbst hat eben die Gestalt verändert, und ein beschränktes dingliches Recht kann nicht andere oder mehr Befugnisse enthalten als der unbelastete Gegenstand selbst; das ergibt sich zwingend aus dem Begriff der konstitutiven *Sukzession*[39]. Aber der in seinem Recht Verletzte wird dem Stockwerkeigentümer vorhalten, er habe eine Handlung vorgenommen – nämlich die Zustimmung zur Zweckänderung –, die die Ausübung der Dienstbarkeit nun verunmögliche (Art. 737 III ZGB). Die actio confessoria als Unterlassungs- und Beseitigungsklage wird in dieser Lage nichts mehr nützen, weil die Stimmabgabe perfekt und also die Zweckänderung beschlossene Sache ist. Was aber noch übrigbleibt, ist eine Schadenersatzklage aus Art. 41 OR[40], welcher der Stockwerkeigentümer nur schwerlich entschlüpfen kann. Und diese *praktische* Konsequenz, diese Aussicht, schadenersatzpflichtig zu werden, wird den Stockwerkeigentümer – möglicherweise widerwillig und vielleicht sogar unberechtigterweise – zögern lassen, seine Zustimmung zu einer Zweckänderung des gemeinschaftlichen Gegenstandes zu erteilen.

Völlig unbefriedigend wären schliesslich die Verhältnisse – nicht für die Gemeinschaft, sondern für den Dienstbarkeitsberechtigten –, wenn zur Zweckänderung gemäss Vereinbarung nicht Einstimmigkeit, sondern lediglich irgend eine Stimmenmehrheit erforderlich wäre und der Inhaber des belasteten Anteils sich gegen die (doch noch beschlossene) Zweckänderung ausgesprochen hätte: Die Dienstbarkeit könnte möglicherweise nicht mehr ausgeübt werden, und für eine Schadenersatzklage aus Art. 41 OR würden sowohl Rechtswidrigkeit und Verschulden als auch adäquater Kausalzusammenhang fehlen.

[39] Die Nutzungs- und Verwaltungsordnung ist immer «stärker» als ein beschränktes dingliches Recht an einem Anteil. Dieses Recht wird die Genossen nie daran hindern können, das Gebäude entsprechend der im Reglement fixierten Zweckbestimmung zu gebrauchen. Aus dieser Sicht wirkt also die Errichtung einer Grunddienstbarkeit an der StWE nicht in den Interessenkreis der Gemeinschaft hinein. Dem Satz: «Im weiteren würde ein derartiges Verbot [eine bestimmte negative Grunddienstbarkeit] auch der im Gesetz und Reglement bestimmten Nutzungs- und Gebrauchsweise widersprechen» (Liver, Fragen, 325), ist damit, so scheint es mir, die Spitze weitgehend gebrochen.

[40] Zur actio confessoria und zur Schadenersatzklage aus Art. 41 OR vgl. Liver, N 180 ff zu Art. 737.

Das angeführte Beispiel hat gezeigt, dass die *positive* Grunddienstbarkeit den Inhaber der mit ihr belasteten StWE in seiner Willensbildung und Willensäusserung faktisch zu beeinträchtigen vermag. Nicht anders verhält es sich jedoch mit den *negativen* Dienstbarkeiten. Man stelle sich einen mit einer Gewerbebeschränkung, beispielsweise mit dem Verbot, ein Restaurant zu betreiben[41], belasteten Anteil vor. Aus irgendwelchen Gründen möchten nun die Stockwerkeigentümer das ganze Gebäude dem einzigen Zweck widmen, nur gerade dieses Gewerbe darin auszuüben. Rein theoretisch hindert sie nichts daran, diese Zweckänderung zu beschliessen, und die Gewerbebeschränkung würde dadurch nicht etwa ihres Inhaltes beraubt, sondern erhielte im Gegenteil – für den Berechtigten – erhöhte Bedeutung. Aber ist überhaupt anzunehmen, dass der Inhaber des belasteten Anteils einer solchen (vielleicht vernünftigen und möglicherweise auch von ihm grundsätzlich gewünschten) Zweckänderung zustimmte? Er würde damit über seine StWE das wirtschaftliche Todesurteil fällen, denn wenn er sie nicht zu dem einzigen im Reglement festgehaltenen Zweck verwenden dürfte, zu was sollte sie ihm dann noch gut sein?

Ganz prekär wäre schliesslich, nach dem soeben angeführten Beispiel, das wirtschaftliche Schicksal des belasteten Anteils, wenn die Zweckänderung schon durch Mehrheitsbeschluss herbeigeführt werden könnte. Die sich daraus ergebende Situation wäre für den Inhaber dieses Stockwerkes völlig untragbar.

b) Die Belastung einer StWE mit einer Grundlast, deren Leistungsinhalt sich aus der wirtschaftlichen Natur eben dieses Anteils ergibt, hat m.E. nicht die soeben geschilderte Auswirkung auf die freie Willensbildung und Willensäusserung des Stockwerkeigentümers, so dass auch die hiernach noch zu entwickelnden Verfügungsbeschränkungen für diese Grundlastart (für die anderen ohnehin nicht) keine Geltung haben.

Zunächst ist zu betonen, dass der Grundlastschuldner faktisch stets die Möglichkeit hat, die «Ablösung» des Rechts zu erzwingen[42], um die gewünschte Handlungsfreiheit zu erlangen. Zwar wird er hiezu oftmals eine ansehnliche Geldsumme benötigen, die ihm nicht gerade zur Verfügung stehen wird. Deren Beschaffung wird ihm indessen keine Schwierigkeiten bereiten, da er dafür dem Geldgeber die gleiche Sicherheit leisten kann wie dem Grundlastgläubiger; denn nichts, auch nicht die Interessen des Grundlastschuldners, spricht gegen die Umwandlung des einen Wertrechts, der Grundlast, in das andere, in ein Pfandrecht, wenn die Belastung dadurch nur nicht wertmässig zunimmt.

Zudem erwächst aus der (mit oder ohne Hinzutun des Grundlastschuldners beschlossenen) Zweckänderung des belasteten Gegenstandes kein Nachteil für

[41] Über die Zulässigkeit dieses Inhalts Liver, N 118 ff, insbesondere N 131 zu Art. 730.
[42] § 12 III 3 c cc.

den Grundlastgläubiger *in bezug auf die dingliche Sicherung*. Man wird nicht sagen dürfen, dass der Grundlastinhalt *nachträglich* widerrechtlich und daher der Eintrag *nachträglich* ungerechtfertigt werde, falls die Leistung infolge der Zweckänderung nicht mehr «aus dem Grundstück» erbracht werden kann. Dieser Satz hätte völlig untragbare Folgen: Jeder Grundlastschuldner brauchte lediglich die Zweckbestimmung seines Grundstücks zu verändern, um sich seiner Last entschädigungslos zu entledigen!

Die Vorschrift des Art. 782 III ZGB stellt eine Schranke auf für die *Errichtung* der Grundlast. Die Bestimmung will einer zu weitgehenden Abhängigkeit der Grundeigentümer von anderen Subjekten den Riegel schieben[42a]; aber sie will nicht darüber hinaus auch noch die Interessen des Grundlastgläubigers in unerträglicher Art und Weise ins Schwanken bringen. Ist die Grundlast einmal zu Recht entstanden, so bleibt m. E. die dingliche Sicherheit bestehen und der Gläubiger kann Befriedigung aus dem Werte des belasteten Grundstücks verlangen, unbekümmert um dessen Zweckbestimmung und gleichviel, aus welchen Gründen die Leistung nicht mehr erbracht wird.

Der Inhaber einer mit dem hier in Frage stehenden Recht belasteten StWE kann demnach einer Zweckänderung des gemeinsamen Gebäudes zustimmen, ohne dabei sich selbst oder einem Dritten einen nennenswerten Nachteil zuzufügen.

2. Lösungsversuche

a) Die hiervor geschilderte Problematik ist schon von Liver[43] gesehen und gewürdigt worden. Sie bildet für ihn eines von mehreren Argumenten, um die Belastbarkeit der StWE mit Grunddienstbarkeiten (und somit wohl auch mit inhaltlich ihnen entsprechenden persönlichen Dienstbarkeiten) abzulehnen. «Durch Dienstbarkeitsverhältnisse zwischen den einzelnen Stockwerkeigentümern darf diese Möglichkeit der Änderung der Zweckbestimmung eines Gebäudes nicht aufgehoben oder beeinträchtigt werden[44].» Diesem Gedanken ist beizupflichten. Mir scheint indessen, dass auch mildere Mittel die Freiheit der Willensbildung und Willensäusserung zu wahren vermögen.

b) Als solches bietet sich zunächst die *Resolutivbedingung* an. Der Errichtungsvertrag soll bestimmen, dass die Dienstbarkeit nur solange bestehen dürfe, als deren Ausübung mit der Zweckbestimmung des gemeinsamen Gebäudes nicht in Widerspruch steht. Zwar haben sich namhafte Autoren[45] und

[42a] Darüber Leemann, N 25 f der Vorbem. zum 3. Abschnitt.
[43] Fragen, 325.
[44] Liver, Fragen, 325.
[45] Haab, N 8 zu Art. 655; Leemann, N 21 zu Art. 731; Ostertag, N 3 zu Art. 972; Jenny, 193.

in einem neueren Entscheid auch das Bundesgericht[46] gegen die Eintragung bedingter – auch resolutiv-bedingter – Rechte in das Grundbuch ausgesprochen. Diese Auffassung ist indessen nicht unwidersprochen geblieben. Insbesondere LIVER[47] ist in kritischer Abwägung der verschiedenen Interessen zum Ergebnis gelangt, dass sich ein gegenteiliger Standpunkt mit guten Gründen vertreten lasse, und zwar insbesondere dann, wenn die Bedingtheit des Rechts im Grundbuch selbst – im Hauptbuch oder in den Belegen[48] – ersichtlich ist. Auf diese Weise wird dieser besondere Sachverhalt nach aussen kundgetan, so dass kein gutgläubiger Dritter sich darauf berufen kann, ihn nicht gekannt zu haben. Vielmehr ist er verpflichtet, die nötigen Erhebungen darüber anzustellen, ob die Tatsachen, die den Untergang des Rechts nach sich ziehen, bereits eingetreten sind oder ob überhaupt damit zu rechnen ist, dass sie jemals eintreten werden. Diesen Ausführungen LIVERS sind, wenigstens teilweise und unter der Voraussetzung, dass die auflösende Bedingung in einer Tatsache bestehe, deren Eintritt durch Urkunden (Grundeigentumsübertragung) oder durch einen Auszug aus einem öffentlichen Register nachgewiesen werden kann, die aargauische Justizdirektion in einem Entscheid aus dem Jahre 1959[49] und das solothurnische Obergericht – dieses in ausdrücklichem Gegensatz zum bereits zitierten Entscheid des Bundesgerichts – in einem Urteil aus dem Jahre 1963[50] gefolgt. Aber auch in dem hier in Frage stehenden Fall dürften die Nachforschungen nach dem Bedingungseintritt nicht auf erhebliche oder gar auf unüberwindliche Schwierigkeiten stossen, denn in den weitaus meisten Fällen wird die Zweckbestimmung des gemeinschaftlichen Gebäudes – wenn schon – in einem schriftlich niedergelegten Reglement festgehalten sein, das vielleicht sogar im Grundbuch angemerkt ist und auf dem Grundbuchamt zur Einsicht aufliegt (Art. 82 a II GBV). Aber auch wo diese Voraussetzungen fehlen – doch wohl nur in ganz einfachen Verhältnissen –, wird es keine grosse Mühe bereiten, in Erfahrung zu bringen, ob das Gebäude nun einer neuen Bestimmung zugeführt wurde oder ob eine solche Veränderung in Aussicht stehe.

Ich halte aus diesen Gründen die Errichtung einer Grunddienstbarkeit (und einer inhaltlich ihr entsprechenden persönlichen Dienstbarkeit) zu Lasten einer StWE unter der (resolutiven) Bedingung, dass das Recht nur so lange bestehen solle, als dessen Ausübung mit der (nachträglich abgeänderten) Zweck-

[46] BGE *87* I 315 ff; das EJPD hatte sich jedoch im Vernehmlassungsverfahren zu diesem Entscheid für die Zulassung des Eintrags einer resolutiv-bedingten Dienstbarkeit ausgesprochen: BGE *87* I 313.

Weitere ablehnende kantonale und eidgenössische Entscheide bei LIVER, N 69 zu Art. 730.

[47] N 66 ff zu Art. 730; vgl. aber auch HOMBERGER, N 8 f zu Art. 958; PFISTER, 369 f.

[48] Zu diesen gehört auch der Errichtungsvertrag: HOMBERGER, N 7 zu Art. 942; OSTERTAG, N 5 zu Art. 942 und N 13 zu Art. 965.

[49] ZBGR *42* (1961) 155 ff.

[50] ZBGR *45* (1964) 100 ff. Zustimmende Bemerkungen LIVERS dazu in N 66–72 der Nachträge zu Art. 730.

bestimmung des gemeinsamen Gebäudes nicht in Widerspruch steht, für möglich und erwünscht. Erwünscht ist die Bedingung deshalb, weil sie einerseits den Konflikt zwischen grundsätzlicher Verfügungsfreiheit des Stockwerkeigentümers und den Interessen der Gemeinschaft in befriedigender Art und Weise zu lösen vermag. Sie befreit den Inhaber des belasteten Anteils vor der für ihn unangenehmen Aussicht, im Falle seiner Zustimmung zu einer Änderung der Zweckbestimmung schadenersatzpflichtig zu werden und ebnet so den Weg für eine freie Willensbildung und Willensäusserung. Andererseits besteht, wie eine Frage aus dem Kreise des Verbandes Bernischer Notare zeigt[51], das praktische Bedürfnis nach der Belastung der StWE mit derartigen Rechten.

In einem Falle muss sogar, so scheint es mir, die Errichtung einer resolutivbedingten Dienstbarkeit zulässig sein. Das trifft zu für das Wohnrecht. Dieses kann die Willensbildung und Willensäusserung des Inhabers des mit ihm belasteten Anteils in genau gleicher Art und Weise beeinträchtigen wie eine Grunddienstbarkeit[52]. Zwar ist das Wohnrecht als eigentliche Personaldienstbarkeit unübertragbar und unvererblich. Aber ihr Bestand kann sich ohne weiteres auf 20 oder mehr Jahre erstrecken, und das ist im wirtschaftlichen Leben eines Gebäudes eine lange Zeit.

Wenn die vorstehenden Gedanken richtig sind, dann muss das vom Gesetz selbst getroffene Werturteil, das die Gemeinschaftsinteressen den Einzelinteressen voranstellt, konsequent angewendet werden; es muss auch gelten, wenn es um die Errichtung eines Wohnrechts geht. Dass eine StWE mit diesem Recht belastet werden kann, ist gesetzlich anerkannt (Art. 712 c II ZGB). Aber ein unbedingtes Wohnrecht würde in unzulässiger Weise Gemeinschaftsinteressen verletzen. Dieser Konflikt lässt sich durch die resolutive Bedingung lösen. Nur wenn sie vereinbart ist, lässt sich meines Erachtens das Wohnrecht bestellen, und das Gesetz wird den Eintrag dieses resolutiv-bedingten Rechts nicht verwehren können; denn wenn es eine Ordnung aufstellt, die sich in gewissen Punkten widerspricht, dann wird es auch die Mittel zulassen müssen, die geeignet sind, die Harmonie wieder herzustellen. Das lässt sich um so mehr rechtfertigen, als in bestimmten Fällen schon nach bestehendem Recht der Eintrag eines resolutiv-bedingten Rechts möglich ist (Art. 247 OR: Vorbehalt des Rückfalls des geschenkten Grundstücks oder des geschenkten dinglichen Rechts; Art. 488 ff ZGB: Eigentum der Vorerben an den Erbschaftsgrundstücken[53]).

In sehr vielen Fällen wird man allerdings überhaupt nicht mit einer Zweckänderung des gemeinsamen Gebäudes zu rechnen haben. Man könnte deshalb die

[51] Der bernische Notar *30* (1969) 323.

[52] Anders verhält es sich mit der Nutzniessung: Sie ist so geschmeidig, dass sie sich selbst einem durch eine neue Nutzungs- und Verwaltungsordnung umgestalteten gewöhnlichen Miteigentumsanteil anzupassen vermag: § 10 IV 3.

[53] Dazu Liver, N 67 zu Art. 730 (mit weiterer Literaturangabe).

Auffassung vertreten, dass dann die hier vorgeschlagene Resolutivbedingung überflüssig sei und dass sie nur verlangt werden müsse, wenn eine Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse überhaupt in Aussicht stehe. Diese Lösung wäre theoretisch durchaus vertretbar; praktisch liesse sie sich jedoch nur schwer verwirklichen. Denn man könnte dem Grundbuchverwalter kaum zumuten, in jedem konkreten Falle abzuklären, wie sich die Verhältnisse mutmasslich in Zukunft entwickeln werden. Deshalb scheint mir das umgekehrte Verfahren richtiger zu sein: Die Dienstbarkeit soll stets resolutiv-bedingt errichtet werden. Dadurch bleiben die Gemeinschaftsinteressen sicher gewahrt, und das Risiko zukünftiger Veränderungen wird auf den Dienstbarkeits*berechtigten* überwälzt. Es ist alsdann seine Sache, zu beurteilen, ob der Bestand des zu erwerbenden Rechts sicher sei oder nicht. Das liegt nicht ausserhalb des ihm Zumutbaren, denn die Änderung der Zweckbestimmung eines Gebäudes gehört nicht zu den täglichen Angelegenheiten. Sie ist in vielen Fällen mit baulichen Massnahmen verbunden und lässt sich oft, beispielsweise auf Grund der wirtschaftlichen und sozialen Veränderung im Stadtkern, voraussehen[54]. Solche «Indizien» muss jedoch jeder, der mit einem Grundeigentümer in Verbindung tritt, kennen und entsprechend würdigen.

c) Sollte die hier vorgeschlagene Lösung abgelehnt werden, dann steht immer noch – wenigstens in einzelnen Fällen – ein Weg offen. Durch eine *genaue Umschreibung des Dienstbarkeitszweckes* sollte es möglich sein, die Verhältnisse so zu ordnen, dass der Inhaber des belasteten Grundstücks die Löschung des Rechts gemäss Art. 736 ZGB[55] verlangen kann, wenn sich die Interessenlage grundlegend verändern sollte. Auf diese Möglichkeit, die im Ergebnis der Resolutivbedingung nahekommt, hat, in anderem Zusammenhang, schon das Bundesgericht[56] hingewiesen. Allerdings ist die Handhabe dieses Mittels bedeutend komplizierter und spitzfindiger als der Einbezug einer Resolutivbedingung in den Errichtungsvertrag. Es wird dem Grundbuchführer nicht leichtfallen, zu entscheiden, ob diese Einzelheit mit genügender Genauigkeit geregelt und infolgedessen das Recht einzutragen oder ob es an dieser Voraussetzung fehle und deshalb die Anmeldung abzuweisen sei. Vielfach wird es auch fraglich sein, ob die gewählte Formulierung die hier vorgeschlagene Bedeutung habe oder ob sie nicht vielmehr eine Resolutivbedingung beinhalte – was gerade der soeben zitierte Bundesgerichtsentscheid zeigt. Ich halte daher die hier aufgezeigte Möglichkeit für theoretisch durchaus tauglich; in der Praxis wird sie jedoch auf mancherlei Schwierigkeiten stossen.

[54] Ebenso ist kaum anzunehmen, dass in einem vom Bazillus der Entvölkerung befallenen Bergdorf Wohngebäude zu Geschäftshäusern umgebaut werden.

[55] Diese Bestimmung aus dem Recht der Grunddienstbarkeiten gilt auch für die «anderen Dienstbarkeiten» im Sinne des Art. 781 ZGB (Art. 781 III ZGB; Liver, N 18 f der Vorbem. zu den Grunddienstbarkeiten) und wohl auch für das Wohnrecht. Das gebietet die ratio legis. Über diese Liver, N 43 ff zu Art. 736.

[56] BGE *87* I 317.

V. Wertverminderung des Anteils und Gemeinschaftsinteressen

1. Die Belastung der StWE mit einer Grunddienstbarkeit oder mit einer inhaltlich ihr entsprechenden persönlichen Dienstbarkeit hat, jedenfalls in den meisten Fällen, eine Wertverminderung des Anteils zur Folge. Das könnte der Gemeinschaft gleichgültig sein, wenn ihr nicht der Anteil für die Kosten der gemeinsamen Verwaltung haften würde (Art. 712 i ZGB). Die hier ins Auge gefassten Belastungen sind also wiederum geeignet, den Interessenkreis des einzelnen zu durchbrechen und in jenen der Gemeinschaft hineinzuwirken. Dieser Sachverhalt bildet denn auch für LIVER[57] ein wichtiges Argument, um die Errichtung von Grunddienstbarkeiten an der StWE abzulehnen.

Aber mir scheint, dass in diesem besonderen Punkt, anders als in den bisher besprochenen Fällen, das gesetzliche Werturteil zugunsten der Einzelinteressen und zuungunsten der Gemeinschaftsinteressen ausgefallen ist.

Jede dingliche Belastung vermindert mehr oder weniger den Wert des Belastungsgegenstands. Das trifft für Pfandrechte und Grundlasten ebenso zu wie für Nutzniessungen und Wohnrechte. Wenn die StWE bis zum letzten Rappen mit Hypotheken und Schuldbriefen belegt ist oder wenn gar eine Nutzniessung darauf ruht, die immerhin ein Alter von hundert Jahren erreichen kann (Art. 749 II ZGB) und die nur noch gerade die «nuda proprietas» übriglässt, dann wird auch das mittelbare gesetzliche Pfandrecht des Art. 712 i ZGB der Gemeinschaft keine grosse Sicherheit mehr bieten. Nur das (wohl unsinnige) Verbot, die Anteile dinglich zu belasten oder die Einführung eines allen eingetragenen Rechten vorgehenden, unmittelbar gesetzlichen Pfandrechtes hätten die Gemeinschaft vor Wertaushöhlungen der StWE durch die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten zu schützen vermocht. Beides ist nicht geschehen. Belastungen mit den angeführten Rechten sind vom Gesetz ausdrücklich zugelassen, und auf die Gewährung des Vorrangs für das (mittelbar) gesetzliche Pfandrecht des Art. 712 i ZGB wurde, wie die Botschaft[58] festhält, verzichtet.

Es zeigt sich, dass nach herrschendem Recht der Stockwerkeigentümer durchaus in der Lage ist, durch Errichtung von bestimmten beschränkten dinglichen Rechten an seinem Anteil der Gemeinschaft «Haftungssubstrat» zu entziehen. Dieses Werturteil, das eben die Einzelinteressen (die Verfügungsfreiheit) den Gemeinschaftsinteressen (der Sicherheit der Gemeinschaft für die Kosten der gemeinsamen Verwaltung) voranstellt, muss konsequenterweise auch gelten, wenn es darum geht, die StWE mit Grunddienstbarkeiten zu belasten. Aber selbst wenn der Anteil durch die Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten im Werte gänzlich entleert würde, stünde die Gemeinschaft der

[57] Fragen, 325.
[58] 1519.

Stockwerkeigentümer nicht völlig schutzlos da. Sie hat, als zweites Sicherungsmittel, «an den beweglichen Sachen, die sich in den Räumen eines Stockwerkeigentümers befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören, ein Retentionsrecht wie ein Vermieter» (Art. 712 k ZGB). Diese Gegenstände können immerhin einen ansehnlichen Wert erreichen; sie allein stellen eine beachtliche Sicherheit dar, wenn man mitberücksichtigt, dass die Sicherheit nur die auf die letzten drei Jahre entfallenden Beitragsforderungen umfasst.

Aus all diesen Gründen halte ich dafür, dass die aus der Errichtung von Grunddienstbarkeiten und von inhaltlich ihnen entsprechenden persönlichen Dienstbarkeiten sich ergebende Wertverminderung des Anteils keine Verfügungsbeschränkung des Stockwerkeigentümers zur Folge hat.

2. Die (nachträgliche) Belastung mit derartigen Rechten (vor allem zugunsten anderer StWE) kann immerhin bewirken, dass die eingetragene Wertquote unrichtig wird[59]. Aber diese spiegelt ohnehin nicht immer den tatsächlichen Wert der StWE wider[60]. Das Entstehen einer unrichtigen Wertquote ist, so scheint es mir, nicht Grund genug, um eine Verfügungsbeschränkung zu rechtfertigen. Zudem besteht immer noch die Möglichkeit,die Quote zu berichtigen (Art. 712 e ZGB).

VI. Widerrechtlicher Dienstbarkeitsinhalt, Gesetzesumgehung

Widerrechtlicher Inhalt und Gesetzesumgehung machen jeden Vertrag, nicht nur innerhalb des Mit- und Stockwerkeigentumsrechts, nichtig[61]. Sie bilden denn auch keine diesen Instituten eigentümliche Schranke der Verfügungsfreiheit. Indessen mag es nützlich sein, an zwei Beispielen zu zeigen, wie das Gemeinschaftsverhältnis den Gesetzgeber dazu veranlasst hat, bestimmte Vorschriften aufzustellen, die auch nicht durch Errichtung von beschränkten dinglichen Rechten verletzt oder umgangen werden dürfen.

1. Widerrechtlichkeit

Inhaltlich widerrechtliche Verträge sind nichtig, wenn die (verletzte) Gebots- oder Verbotsnorm selbst diese Folge anordnet oder wenn Sinn und Zweck der (verletzten) Bestimmung mit Rücksicht auf die Bedeutung des zu bekämpfenden Erfolges diesen einschneidenden Eingriff erheischen[62].

[59] Liver, Fragen, 325.
[60] § 12 II 1 d aa und Anm. 13 des § 12.
[61] Art. 20 OR.
Zum Dienstbarkeitsvertrag mit widerrechtlichem Inhalt Liver, N 82 ff zu Art. 730.
Gesetzesumgehung: BGE *87* II 207, *72* II 73, *56* II 198.
[62] Oser/Schönenberger, N 22 zu Art. 20; v. Tuhr/Siegwart, Allgemeiner Teil des OR I, 237; aus der neueren Praxis BGE *84* II 427, *82* II 132, *81* II 619 (in allen Entscheiden weitere Hinweise).

Art. 712 a III ZGB verpflichtet jeden Stockwerkeigentümer, «seine Räume so zu unterhalten, wie es zur Erhaltung des Gebäudes in einwandfreiem Zustand und gutem Aussehen erforderlich ist.» Diese Bestimmung will die Interessen der Gemeinschaft und der anderen Stockwerkeigentümer wahren. Das leuchtet ohne weiteres ein und ist in der Botschaft[63] noch besonders hervorgehoben.

Negative Dienstbarkeiten können auf die StWE gelegt werden. Es ist mithin – wenigstens theoretisch – durchaus denkbar, dass diese mit irgendeiner Baubeschränkung belegt wird. Sofern dadurch keine fremden Interessen tangiert werden, ist dagegen nichts einzuwenden. Wenn jedoch der Stockwerkeigentümer Handlungen zu unterlassen hat, zu deren Vornahme er nach der Bestimmung des Art. 712 a III ZGB verpflichtet ist, dann (und insoweit) ist der Dienstbarkeitsinhalt widerrechtlich. Widerrechtlich war insoweit natürlich schon der Dienstbarkeitsvertrag, und zwar mit Nichtigkeitsfolge[64]; denn die anvisierte Vorschrift will dafür sorgen, dass auch der im dritten Stockwerk Wohnende sicheren «Boden» unter den Füssen habe und ruhige Nächte durchschlafen könne, auch wenn er nicht die volle Kontrolle und Einwirkungsmöglichkeit auf die darunter liegenden Bauteile hat. Und die Bedeutung des zu bekämpfenden Erfolgs scheint mir in der Tat derart zu sein, dass der schwerwiegende Eingriff der Nichtigkeit gerechtfertigt ist.

Es zeigt sich, dass jede Baubeschränkung ihre inhaltliche Schranke in der Unterhaltspflicht des Art. 712 a III ZGB finden muss.

2. Gesetzesumgehung

Die Gesetzesumgehung meidet die eine Norm (die Verbotsnorm) und klammert sich an die andere (an die Umgehungsnorm) fest. Die (teleologische) Auslegung der Verbotsnorm muss zeigen, ob das Vorgehen zu schützen sei[65]. «Verpönt sie [die Verbotsnorm] nach ihrer Zwecksetzung nicht nur den in ihr selbst genannten Weg zu einem bestimmten Ziel, sondern dieses Ziel selbst, so regelt sie und nicht die entsprechend restriktiv auszulegende Umgehungsnorm den Tatbestand[66].»

Das Gesetz schreibt in Art. 712 b I ZGB vor, dass die eine StWE ausmachenden Räume in sich abgeschlossen sein und einen eigenen Zugang haben

[63] 1513.

[64] Ob diese den ganzen Vertrag oder bloss einen Teil davon ergreift, entscheidet sich nach Art. 20 OR.

[65] Merz, N 89 ff zu Art. 2; Deschenaux, Einleitungstitel, 157 f (an beiden Orten weitere Literaturangaben).

[66] Merz, N 90 zu Art. 2.

müssen. Wie ist diese Norm (im soeben dargelegten Schema ist es die Verbotsnorm) auszulegen?

Auf die besondere Wichtigkeit dieser Bestimmung ist in den Materialien[67] verschiedentlich hingewiesen worden. Und an den gleichen Stellen wird auch der mit ihr verfolgte Zweck aufgezeigt. Unter der Herrschaft des früheren kantonalen Rechts kam es vielfach vor, dass eine Wohnung unter mehrere Inhaber aufgeteilt wurde[68]. Das war natürlich bester Nährboden für mannigfache Konfliktssituationen. Solchen Übelständen will nun die genannte Bestimmung vorbeugen. Zwar ist auch nach neuem Recht eine «Teilung» der Benutzungsbefugnisse innerhalb der gleichen StWE durchaus möglich (man denke z. B. an das Wohnrecht). Aber eine derartig intensive Einwirkung des einen Stockwerkeigentümers in den Bereich des anderen, wie sie der Durchgang durch fremde Räumlichkeiten mit sich bringen würde, soll künftighin ausgeschlossen sein. In diesem Punkte darf es nur voneinander völlig getrennte Reiche geben. Das muss auch gelten, wenn zwar jede StWE einen eigenen Zugang hat, daneben aber noch (vielleicht alte und praktischere) Treppen bestehen, die von einer Wohnung zur anderen führen. Es wäre Gesetzesumgehung, formell dem gesetzlichen Erfordernis des getrennten Zugangs zu genügen, materiell jedoch den bequemlichen Zugang durch die fremde Wohnung doch noch durch die Errichtung eines dinglichen Durchgangsrechts zu sichern. Verträge, die die Begründung eines Durchgangsrechts an einer StWE beinhalten, sind nichtig; Art. 712 b I ZGB ist extensiv zu interpretieren[69].

Mit diesen Ausführungen wird nicht behauptet, dass zu Lasten einer StWE überhaupt kein «Wegrecht» begründbar sei. Nur das in Umgehungsabsicht errichtete fällt ausser Betracht. Insbesondere ist es denkbar, dass der Inhaber eines Platzrechtes – beispielsweise des Rechts, einen bestimmten Raum für eine Tresoranlage zu benutzen[70] – seine Dienstbarkeit nur ausüben kann, wenn er noch andere Räumlichkeiten der StWE betreten und durchlaufen darf. Diese Befugnis ist aber im Platzrecht selbst enthalten, ist nur dessen notwendige inhaltliche Ergänzung[71], ist lediglich adminiculum servitutis[72].

[67] Botschaft, 1513; FURGLER, Bulletin NR, 219.
[68] Botschaft, 1487 f und 1513.
[69] Im Ergebnis ebenso LIVER, Fragen, 325; FRIEDRICH, Praktische Fragen, 335 f; anders hingegen MAGNENAT, 134, der die Errichtung eines Wegrechts an einer StWE zulässt.
[70] Eine Servitut dieses Inhalts ist durchaus möglich: ZBGR *30* (1949) 339 f; Kritik zu diesem Entscheid bei LIVER, N 13 zu Art. 730.
[71] Dazu LIVER, N 10 zu Art. 737.
[72] Dazu im einzelnen LIVER, N 10 ff zu Art. 737.

§ 14 Ergebnisse des zweiten Kapitels

I. Allgemeine Schranken der Belastung

1. Stimmrechtseinsprache (Einsprache zum Schutze der Verwaltungsgemeinschaft: § 13 I)

Sofern in einem konkreten Verhältnis ein gesetzliches oder ein vereinbartes Vorkaufsrecht (Art. 682 I und III ZGB, Art. 712 c I ZGB) oder ein vereinbartes Einspracherecht der Stockwerkeigentümer gegen die Veräusserung einer StWE (Art. 712 c II ZGB) besteht, haben die Mit- und Stockwerkeigentümer das Recht, gegen den Übergang des Stimmrechts auf die Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechts an einem Anteil oder an einer StWE Einsprache zu erheben (Stimmrechtseinsprache). Das Verfahren richtet sich dabei in jedem Fall nach der Vorschrift des Art. 712 c II und III ZGB (§ 13 II 1).

Der Geltungsbereich der Stimmrechtseinsprache entspricht jenem des Vorkaufsrechts oder des Einspracherechts gegen die Veräusserung einer StWE. Er ergibt sich entweder aus dem Gesetz oder aus der vereinbarten Ordnung (§ 13 II 2 und 3). Wechselt das beschränkte dingliche Recht sein Subjekt, so bleibt das Einspracherecht gegen den neuen Inhaber bestehen (§ 13 II 4).

Ist die Ausübung des Stimmrechts in der Nutzungs- und Verwaltungsordnung geregelt, so bleibt für die Ergreifung der Stimmrechtseinsprache kein Raum (§ 13 II 1 a).

2. Einsprache zum Schutze der Nutzungsgemeinschaft (§ 13 I): Die Einsprache des Art. 712 c II und III ZGB

Sofern die Stockwerkeigentümer von dem in Art. 712 c II ZGB statuierten Recht Gebrauch gemacht haben, können sie die Entstehung *positiver* Dienstbarkeiten an der StWE verhindern (§ 13 III 1 und 2 a). Im übrigen ergibt sich der Geltungsbereich dieser Einsprache aus der vereinbarten Ordnung (§ 13 III).

Gegen die Errichtung einer Grunddienstbarkeit zugunsten eines Grundstücks, das nicht eine andere StWE am gemeinsamen Gebäude ist, kann die Einsprache auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes erhoben werden (§ 13 III 2 c bb). Das Einspracherecht vermag zudem den Übergang einer inhaltlich der Grunddienstbarkeit entsprechenden irregulären Personaldienstbarkeit auf ein neues Subjekt zu verhindern (§ 13 III 2 c bb).

3. Allgemeine Voraussetzung der Errichtung inhaltlich fixierter beschränkter dinglicher Rechte

Inhaltlich fixierte beschränkte dingliche Rechte (also Grunddienstbarkeiten, ihnen inhaltlich entsprechende persönliche Dienstbarkeiten und das Wohnrecht: § 11 I) können nur an der StWE (§ 11 I–IV; § 12 I–III 2) und nur unter der resolutiven Bedingung errichtet werden, dass sie untergehen müssen, falls ihre Ausübung mit der (nachträglich abgeänderten) Zweckbestimmung des gemeinsamen Gebäudes in Widerspruch steht (§ 13 IV 1 und 2 a und b; § 13 V). An die Stelle der Bedingung kann eine genaue Umschreibung des Dienstbarkeitszwecks treten, die es dem Inhaber der belasteten StWE erlaubt, die Löschung des Rechts gemäss Art. 736 ZGB zu verlangen, falls sich die Interessenlage grundlegend verändern sollte (§ 13 IV 2 c).

II. Die einzelnen beschränkten dinglichen Rechte

1. Pfandrechte

Miteigentumsanteil und StWE ertragen alle Pfandrechtsarten (§ 10 IV 1 und § 12 I, II und III 3 b).

2. Grundlasten

a) Belastung des gewöhnlichen Miteigentumsanteils

aa) Öffentlich-rechtliche Grundlasten

Auf den Miteigentumsanteil können sowohl Personal- als auch Realgrundlasten öffentlich-rechtlicher Natur gelegt werden (§ 10 IV 2; § 12 III 3 c).

bb) Privatrechtliche Grundlasten

Sind die Grundlasten hingegen privatrechtlichen Charakters, so können zu Lasten des Miteigentumsanteils nur *Real*grundlasten errichtet werden, deren Leistungsinhalte für die wirtschaftlichen Bedürfnisse des *berechtigten* Grundstücks bestimmt sind (§ 10 IV 2; § 11 I–IV 2; § 12 III 3 c).

cc) Unablösbare Grundlasten

Die Verbindung einer Grundlast mit einer Dienstbarkeit im Sinne des Art. 788 III ZGB ist nur möglich zwischen einer öffentlich-rechtlichen Perso-

nalgrundlast und einer Nutzniessung. Ob diese Verbindung *an sich* denkbar ist, wurde nicht untersucht (§ 11 IV 2).

b) Belastung der Stockwerkeigentumseinheit

Zu ihren Lasten können öffentlich-rechtliche und privatrechtliche, Personal- und Realgrundlasten errichtet werden (§ 10 IV 2; § 11 IV 3 a; § 12 I und II; § 13 IV 1 b). Einer Verbindung von Grundlasten mit Dienstbarkeiten im Sinne des Art. 788 III ZGB sind keine besonderen Schranken gesetzt (§ 11 IV 3 c).

3. Nutzniessung

Sie kann sowohl auf den Miteigentumsanteil als auch auf die StWE gelegt werden (§ 10 IV 3; § 12 I, II und III 3 d; Anm. 52 zu § 13).

4. Wohnrecht

Nur die StWE kann mit dem Wohnrecht belastet werden (§ 10 II; § 11 I–IV; § 12 I–III 2).

5. Baurecht

Weder der Miteigentumsanteil noch die StWE ertragen dieses Recht (§ 10 III).

6. Quellenrecht

Weder zu Lasten des Miteigentumsanteils noch zu Lasten der StWE kann dieses Recht errichtet werden (§ 11 I–IV; § 12 III 1 und 2).

7. Grunddienstbarkeiten und inhaltlich ihnen entsprechende Personaldienstbarkeiten (mit Ausschluss des Baurechts und des Quellenrechts)[1]

Solche Rechte können nur auf die StWE gelegt werden (§ 10 II; § 11 I–IV; § 12 I–III 2).

[1] Ich gelange, wenn man die allgemeinen Schranken der Belastung mitberücksichtigt, zu einer bedeutend differenzierteren und einschränkenderen Behandlung der Belastbarkeit der StWE mit diesen Rechten als massgebende schweizerische Rechtslehrer, die, allerdings meistens nur in kurzen Bemerkungen, die Belastung der StWE mit diesen Rechten ganz allgemein zulassen: Liver, Das Miteigentum als Grundlage des Stockwerkeigentums, 195 (in seiner neueren Abhandlung Fragen, 324 f, gelangt er allerdings zum Ergebnis, dass die Belastung einer StWE mit Grunddienstbarkeiten nicht möglich sei); Meier-Hayoz, N 43 zu Art. 646; Friedrich, Reglement, N 3 zu § 47; Magnenat, 134.

Anders Deschenaux, Introduction, 19: «En revanche un étage ne peut être normalement [die Ausnahmen werden allerdings nicht angeführt] grevé d'une servitude foncière...»

a) Wegrechte

Die Belastung der StWE mit solchen Rechten ist nicht möglich – es sei denn, das Wegrecht sei lediglich adminiculum servitutis (§ 13 VI 2).

b) Andere Inhalte

Grunddienstbarkeiten und inhaltlich ihnen entsprechende Personaldienstbarkeiten anderen Inhalts können hingegen zu Lasten der StWE errichtet werden. Ihre Inhalte sind indessen auf solche Befugnisse beschränkt, die den Inhalt des «Sonderrechts» ausmachen (§ 11 IV 3 a und b). Es kommen somit nur folgende Rechte in Betracht[2]: Baubeschränkungen (sie finden allerdings in Art. 712 a III ZGB ihre unüberwindliche Schranke: § 13 VI 1), Gewerbebeschränkungen[3], Durchleitungsrechte[4] und Platzrechte.

III. Kaufs-, Vorkaufs- und Rückkaufsrecht

Gegenstand solcher Rechte können sowohl der Miteigentumsanteil als auch die StWE sein (§ 10 V).

[2] Eine Zusammenstellung der Inhalte der Grunddienstbarkeiten und der ihnen inhaltlich entsprechenden Personaldienstbarkeiten findet sich bei Liver, N 167 ff zu Art. 730.

[3] Auf dieses Recht wurde schon in der Studienkommission, Protokoll Studienkommission I, 64, hingewiesen.

[4] Das Bedürfnis nach der Errichtung solcher Rechte kann insbesondere dann entstehen, wenn ältere Wohnungen umgebaut werden. Dagegen ist grundsätzlich nichts einzuwenden. Aber der obere Stockwerkeigentümer darf beispielsweise seine sanitärischen Anlagen nicht so verlegen, dass hässliche Abflussleitungen die darunterliegende Wohnung durchkreuzen müssen, um mit dem nötigen Gefälle die Hauptleitung zu erreichen. Einen solchen Eingriff in seine Individualsphäre braucht sich ein Stockwerkeigentümer, jedenfalls für die Regel, nicht gefallen zu lassen (Art. 712 a II ZGB). Es ist aber denkbar, dass er damit einverstanden ist und sich bereit erklärt, diese Einwirkung auf seine StWE zu dulden und zu verdinglichen (möglicherweise besteht darauf sogar ein gesetzlicher Anspruch aus Nachbarrecht: Art. 691 ZGB. Die Frage wird hier nicht weiter verfolgt). Aber das so entstandene Durchleitungsrecht hat niemals den gleichen Inhalt wie die Leitungsservitut an einer *Liegenschaft*. Diese letztere ist im wesentlichen ein Baurecht (als adminicula servitutis beinhaltet sie noch weitere Befugnisse) (Haab, N 8 zu Art. 676; Leemann, N 8 zu Art. 676; Wieland, Carl, N 2 und N 5 zu Art. 676). Aber an der StWE lässt sich eben kein Baurecht errichten. Das ist indessen auch gar nicht notwendig, denn die Leitung überschreitet ja, innerhalb des gemeinsamen Gebäudes, keine Eigentumsgrenze. Sie wird zum Bestandteil der Baute und somit der Liegenschaft (oder des Baurechts) und teilt notwendigerweise deren rechtliches Schicksal (Art. 642 ZGB). Das Durchleitungsrecht an der StWE verpflichtet deshalb den Stockwerkeigentümer nur, *den* Bau von Leitungen, den er, wäre sein Grundstück frei von dieser Last, abwehren könnte, durch die ihm zu Sonderrecht zugeschiedenen Räume zu dulden, ohne dass die Eigentumsverhältnisse an den Leitungen selbst sich irgendwie verändern würden.
Dass das hier behandelte Durchleitungsrecht einen anderen Inhalt aufweist als die übliche Durchleitungsservitut, verstösst nicht etwa gegen den das Sachenrecht beherrschenden Grundsatz der geschlossenen Zahl (darüber Liver, N 61 ff der Einleitung). Der Inhalt der Grunddienstbarkeiten und der inhaltlich ihnen entsprechenden Personaldienstbarkeiten ist nicht typisiert. Der numerus clausus findet hier keine Anwendung (Liver, N 65 der Einleitung).

3. Kapitel: Begünstigung der Anteile

Es bleibt zu untersuchen, ob beschränkte dingliche Rechte zugunsten von Miteigentumsanteilen und StWE errichtet werden können. Als solche Rechte kommen nur Grunddienstbarkeiten (Art. 730 ZGB) und Realgrundlasten (Art. 782 II ZGB) in Betracht, denn alle anderen beschränkten dinglichen Rechte stehen einem individuell bestimmten Subjekt als solchem zu[1]. Auch Grunddienstbarkeiten und Realgrundlasten sind einer Person (oder einer kollektiven Einheit[2]) und nicht etwa – wie die herkömmliche, gewiss praktische, juristisch jedoch nicht einwandfreie Ausdrucksweise vermuten lässt[3] – dem «herrschenden» oder dem «begünstigten» Grundstück zugeordnet[4]. Aber ihr Subjekt ist zugleich (und in erster Linie und begriffsnotwendig) Subjekt (der Ausdruck «Eigentümer» ist zu eng, denn nicht nur die Liegenschaften gelten als Grundstücke: Art. 655 II ZGB) des Rechts am «herrschenden» Grundstück. Grunddienstbarkeiten und Realgrundlasten sind Realrechte[5], oder, wie man auch zu sagen pflegt, subjektiv-dingliche Rechte[6]. Die besondere Art ihrer Subjektszuordnung nennt man auch subjektiv-dingliche Verknüpfung[7].

§ 15 Begünstigung mit Grunddienstbarkeiten

I. Gewöhnlicher Miteigentumsanteil als herrschendes Grundstück

1. Mängel der herrschenden Lehre

a) Die herrschende Doktrin der Schweiz[1] und unserer Nachbarländer[2] lehnt die Errichtung einer Grunddienstbarkeit zugunsten des (gewöhnlichen) Mit-

[1] Für die Dienstbarkeiten vgl. LIVER, N 59 f der Einleitung.
[2] § 5 IV.
[3] Praedium dominans, praedium servens.
[4] LIVER, N 1 und N 29 zu Art. 730, N 60 der Einleitung.
[5] Darüber MEIER-HAYOZ, N 147 des Systematischen Teils.
[6] LIVER, N 2 zu Art. 730 und N 155 der Einleitung; MEIER-HAYOZ, N 147 des Systematischen Teils; LEEMANN, N 8 zu Art. 730.
[7] MEIER-HAYOZ, N 147 des Systematischen Teils.
[1] LIVER, N 44 ff zu Art. 730 (er macht allerdings eine Ausnahme für den Fall, dass «jedem Miteigentümer ein Teil der gemeinsamen Sache in räumlicher Abgrenzung zu ausschliesslicher Nutzung zugewiesen ist»: N 22 und N 48 zu Art. 730); LEEMANN, N 10 zu Art. 730; WIELAND, CARL, N 10 zu Art. 646 und N 9 zu Art. 730; SATTIVA, 100.
[2] STAUDINGER/RING, N 2 a bb zu § 1018 (anders noch STAUDINGER/KOBER (10. A.), N 2 a zu § 1018); SÖRGEL/SIEBERT/BAUR, N 38 zu § 1018; RGRK/DENECKE, N 13 zu § 1018; PLANCK/STRECKER, N 2 der Vorbem. vor § 1018; WOLFF/RAISER, 433; CROME, System III, 492.
KLANG, N II 1 a zu § 485; EHRENZWEIG, System I/2, 312.

eigentumsanteils entschieden ab[3]. Das müsse, so wird ausgeführt, aus dem unteilbaren Wesen dieser Rechte gefolgert werden. So wie die (unteilbare) Grunddienstbarkeit nicht auf dem («ideellen») An*teil* ruhen könne, so lasse sie sich auch nicht mit ihm verknüpfen.

Es ist schwer verständlich, weshalb Autoren[4], die sich zu dieser theoretischen Erklärung bekennen, doch noch in einem besonderen Falle die subjektiv-dingliche Verknüpfung einer Dienstbarkeit mit einem Anteil für möglich halten (oder zumindest hielten). Diese Konstruktion wurde vor der Gesetzesrevision vorgeschlagen, um altrechtliches, kantonales Stockwerkeigentum in das neue Recht des ZGB zu überführen oder um neues (uneigentliches) Stockwerkeigentum zu begründen. Mit dem Miteigentumsanteil sollte eine Dienstbarkeit mit dem Inhalte, ein einzelnes Stockwerk oder bestimmte Räume ausschliesslich und andere (allen dienende) mitbenutzen zu dürfen, subjektiv-dinglich verknüpft werden. Hinzu kam die Verpflichtung eines jeden Miteigentümers, die ihm zur ausschliesslichen Benutzung zustehenden Teile des Gebäudes zu unterhalten. Diese Ersatzform für das Stockwerkeigentum fand in der Literatur Anklang[5]. Aber es wurde nirgends ausgeführt, weshalb plötzlich diese Begünstigung des «ideellen» Anteils möglich sein sollte; es wurde nicht gesagt, ob zwischen diesem besonderen und allen anderen Anteilen irgendein struktureller Unterschied festzustellen sei, der eine andersartige Behandlung rechtfertigen würde. Wahrscheinlich hat man darüber gar nicht länger nachgedacht, weil die Ansicht vorherrschte, die Dienstbarkeit sei eine «andere Dienstbarkeit» i.S. des Art.781 ZGB[6]. Das war indessen ein theoretischer Irrtum, denn die subjektiv-dinglich verknüpfte Dienstbarkeit ist, wie Liver[7] dargelegt hat, per definitionem eine Grunddienstbarkeit.

Biondi, 172; Grosso/Deiana, Trattato V/1, 80; Pescatore/Albano/Greco, Commentario III/3, 64 und Commentario III/2, 306 ff; Tamburrino, 72; Ramponi, 1074.

Planiol/Ripert/Picard, Traité III, 873; Aubry/Rau/Esmin, Droit civil III, 85; Fuzier-Herman/Demogue, Code civil annoté II, N 36 und N 38 zu art.637 (mit weiterer französischer Literatur).

[3] Die gegenteilige Behauptung Friedrichs, Wiedereinführung, 44 a f, in der Literatur werde mehrheitlich anerkannt, dass die Grunddienstbarkeit zugunsten des «ideellen» Anteils errichtet werden könne, lässt sich nicht halten. Vgl. jedoch Anm.5 hiernach.

[4] Vgl. etwa Leemann, N 10 zu Art.730, einerseits und N 38 f zu Art.781 und seine Abhandlung Stockwerkeigentum, 353 ff, andererseits.

[5] Guhl, Verselbständigung der dinglichen Rechte, 68 ff; Leemann, N 38 f zu Art.781; ders., Stockwerkeigentum, 354; Haab, N 17 zu Art.675; Gonvers-Sallaz, N 7 zu Art.114 GBV; Kreisschreiben des EJPD vom 10.Oktober 1951, abgedruckt in ZBGR *32* (1951) 349 f. Dagegen die Kritik (aus einer andern Sicht als hier im Text) von Liver, Stockwerkeigentum, 65 ff.

Über die Ersatzform für das Stockwerkeigentum vgl. auch ZBGR *1* (1920) 80 ff, *2* (1921) 93 f, *10* (1929) 75 f, *17* (1936) 21 ff, *22* (1941) 167, *31* (1950) 9 ff, *33* (1952) 296 f. Vgl. auch BGE *81* II 598 ff, der jedoch *nach* der Kritik Livers aus dem Jahre 1954 gefällt wurde.

[6] Guhl, a.a.O., 68; Leemann, N 38 f zu Art.781; Haab, N 17 zu Art.675; Kreisschreiben vom 10.Oktober 1951, ZBGR *32* (1951) 349 f.

[7] N 19 der Einleitung; ders., Stockwerkeigentum, 67 ff.

b) Schon anlässlich der Behandlung der Anteilsbelastung sind die Lehre von der Teilbarkeit beschränkter dinglicher Rechte und die daraus gezogenen Konsequenzen abgelehnt worden[8]. Dieser Schluss drängt sich konsequenterweise auch auf, wenn nicht die passive, sondern die aktive Seite der Grunddienstbarkeit untersucht wird. Die Grunddienstbarkeit ist, wie alle beschränkten dinglichen Rechte, unteilbar, und der Anteil ist kein Eigentumsteil – weder ein realer noch ein ideeller. Darüber sind keine Worte mehr zu verlieren.

Aber selbst wenn ich Anhänger der herrschenden Lehre über das Wesen des Anteils (als ideellen Bruchteils) wäre, so fiele es mir schwer, einzusehen, weshalb – nur aus dieser «konstruktiven» Sicht – eine Dienstbarkeit nicht mit einem Anteil subjektiv-dinglich verknüpft werden könnte. Diese «Verknüpfung» bedeutete ja nicht, dass der Anteil (als Eigentumsteil) Subjekt einer Dienstbarkeit würde, so dass eine Paarung zwischen diesen zwei unterschiedlichen Wesen – einerseits einem Teil, andererseits einer Ganzheit – konstruktiv ausgeschlossen wäre – und trotzdem beeinflusst diese Vorstellung, bewusst oder unbewusst, die herrschende Lehre. Die subjektiv-dingliche Verknüpfung ist, aus der hier allein wichtigen Sicht, nur eine besondere Art der Subjektsbestimmung eines subjektiven Rechts: Dem jeweiligen Inhaber eines genau bezeichneten Anteils soll die Dienstbarkeit zustehen. So gesehen böte es konstruktiv überhaupt keine Schwierigkeit, die Begünstigung des Miteigentumsanteils mit Grunddienstbarkeiten zuzulassen und zu verstehen – jedenfalls nicht nach schweizerischem Recht, das die Miteigentumsanteile an Grundstücken im Rechtsverkehr wiederum als Grundstücke behandelt (Art. 655 II Ziff. 4 ZGB). Und dieses neue Grundstück allein, in seiner Ganzheit, wäre fundus dominans. Das haben offensichtlich auch jene schweizerischen Autoren[9] erkannt, die – vor der Gesetzesrevision – in der subjektiv-dinglichen Verknüpfung einer Dienstbarkeit (die sie allerdings fälschlicherweise für eine «andere Dienstbarkeit» i. S. des Art. 781 ZGB hielten) mit einem Miteigentumsanteil eine dem Recht des ZGB entsprechende Ersatzform für altrechtliches Stockwerkeigentum erblickten. Theoretisch klarer – praktisch jedoch zum gleichen Ergebnis führend – als diese Autoren hat KATTAUSCH[10] diesen Sachverhalt wie wir in dieser Arbeit analysiert und erkannt. Ihm sind BÄRMANN[11] und KOBER[12] in der 10. Auflage des STAUDINGER'schen Kommentars gefolgt; der Bearbeiter der 11. Auflage, RING[13], hat indessen vorgezogen, ins Lager der herrschenden Meinung hinüberzuwechseln.

[8] § 3 und § 10 I.
[9] Anm. 5 hiervor.
[10] 32 ff.
[11] WEG, 215, 304.
[12] STAUDINGER/KOBER (10. A.), N 2 a zu § 1018.
[13] STAUDINGER/RING (11. A.), N 2 a bb zu § 1018.

Aber schon früher als in Deutschland haben (ehemals) einflussreiche alte französische[14] Kommentatoren des Grunddienstbarkeitsrechts betont, dass die Errichtung einer Dienstbarkeit zugunsten eines Miteigentumsanteils durchaus möglich sei.

Die Gedanken dieser zuletzt genannten Autoren sind richtig. Sie erfassen jedoch das Problem nicht in seiner vollen Tragweite. Die Analyse berücksichtigt nur einen Aspekt, nur die subjektive Seite des Problems; sie zeigt auf, dass die Grunddienstbarkeit als Realrecht durchaus einem einzigen Miteigentümer zugeordnet werden kann. Daneben gilt es jedoch, auch die Eigenarten des Anteils und der Grunddienstbarkeit zu berücksichtigen; man muss sie miteinander vergleichen, um entscheiden zu können, ob sie sich ertragen oder im Gegenteil einander ausschliessen.

2. Das Prinzip der Utilität und die Begünstigung des Anteils

Das das römische und gemeine Grunddienstbarkeitsrecht beherrschende Prinzip der Utilität sagt aus, dass Inhalt einer Grunddienstbarkeit nur sein kann, was dem herrschenden Grundstück *als solchem* (nicht bloss seinem Eigentümer) von Nutzen ist. Die Servitut soll «praedio utilis» sein[15].

Hätte dieses Prinzip auch in das heutige schweizerische Recht Eingang gefunden, so stünde es m.E. der Begünstigung des Anteils entgegen; denn um feststellen zu können, was dem herrschenden Grundstück als solchem (also dem Anteil) nützlich sein kann, müsste man dessen Gestalt kennen. Das bedeutete für den Anteil, dass sein Inhalt durch Nutzungs- und Verwaltungsordnung näher bestimmt und der so fixierte Gehalt wohl auch dauerhaft sein müsste. Zudem müsste dieser aus den öffentlichen Büchern ersichtlich sein; denn nur diese Offenkundigkeit wäre geeignet, eine zuverlässige Entscheidungsgrundlage zu liefern. Dass es aber nicht möglich ist, diesen Erfordernissen mit den zur Verfügung stehenden Mitteln zu entsprechen, ist bereits dargelegt worden[16].

Der schweizerische Gesetzgeber hat indessen das Erfordernis der Utilität preisgegeben[17]. Mit ihm entschwinden auch die hievor namhaft gemachten Einwände gegen die Errichtung von Grunddienstbarkeiten zugunsten des Miteigentumsanteils.

[14] Pardessus, 392 ff; Demolombe, 246.

[15] Dernburg/Sokolowski, System I, 424 ff; Windscheid/Kipp, Pandekten I, 1062; Liver, N 7 ff der Vorbem. zu den Grunddienstbarkeiten.

[16] § 11 II–IV 2 und § 12 III 1 und 2.

[17] Liver, N 7 ff der Vorbem. zu den Grunddienstbarkeiten, N 103 ff zu Art. 730 und N 143 ff zu Art. 736; Leemann, N 27 zu Art. 730. Vgl. immerhin Art. 736 ZGB.

3. Der der subjektiv-dinglichen Verknüpfung immanente Gedanke der Dauer und die «prekäre» Existenz des Anteils

a) Die subjektiv-dingliche Verknüpfung eines Rechts mit einem Grundstück will zunächst bewirken, dass nicht irgendein Subjekt, sondern gerade der jeweilige Grundstücksinhaber auch Subjekt des betreffenden Rechtes sei. Das ist die *subjektbestimmende Funktion* der subjektiv-dinglichen Verknüpfung. Aber diese will noch mehr. Sie will, auch wenn der Gedanke der Utilität preisgegeben wurde, das eine Grundstück einem anderen dienstbar machen. Damit werden aber auch die Existenz und die Lebensdauer des beschränkten dinglichen Rechts von der Existenz und von der Lebensdauer irgendeines Subjekts losgelöst und dem *existentiellen* Schicksal eines Grundstücks unterworfen. Das ist die *existenzerhaltende Funktion* der subjektiv-dinglichen Verknüpfung.

Grundstücke im eigentlichen Sinne sind nur die Liegenschaften. Ihr Bestand ist naturgemäss dauerhaft. Wird daher mit ihnen ein Recht subjektiv-dinglich verknüpft, so liegt der Untergangsgrund dieses Rechts in den allerwenigsten Fällen im Untergang der Liegenschaft selbst. Nach der *typischen Vorstellung,* die dem Institut der subjektiv-dinglichen Verknüpfung zugrunde liegt, ist es sogar so, dass das herrschende Grundstück die sichere und feste und dauerhafte Verankerungsstelle ist, an die das Recht festgebunden wird und das es wieder loszubinden gilt, falls man seinen Untergang wünscht – etwa durch contrarius actus oder durch Befristung des Rechts.

Aus diesen Überlegungen folgt, dass nach der *theoretischen Konzeption* der subjektiv-dinglichen Verknüpfung das herrschende Grundstück stets – wie die Liegenschaft als eigentlicher Grundstücktypus und als historisches Vorbild – mehr oder weniger ausgeprägt das Merkmal der Dauer in sich tragen muss; nur unter dieser Voraussetzung kann die subjektiv-dingliche Verknüpfung *ihre existenzerhaltende Funktion überhaupt erfüllen.*

b) Der Bestand des gewöhnlichen Miteigentumsanteils ist, wie bereits dargelegt[18], prekär. Damit ist aber auch schon gesagt, dass mit diesem Gegenstand keine Dienstbarkeit subjektiv-dinglich verknüpft werden darf[18a].

c) Allerdings könnte man versuchen, die zugunsten eines Anteils errichtete Grunddienstbarkeit auch über dessen (tatsächlichen) Tod hinaus zu retten. Die Verhältnisse, die dabei entstünden, wären indessen alles andere als einfach und kaum geeignet «reinliche, klare Zustände herbeizuführen», sondern schafften eher jene Unklarheit, die «zu täglichen Reibungen und Lebensverbitterungen führen kann».[19]

[18] § 12 III 1.

[18a] Dieses Ergebnis entspricht, allerdings mit anderer Begründung, der in Anm. 1 und 2 hiervor wiedergegebenen herrschenden Lehre.

[19] KOHLER, 252.

Zur Illustration dieser Behauptung ist es nützlich, verschiedene Vorgänge, von denen die Anteile oder das gemeinsame Grundstück erfasst werden können, näher anzusehen.

aa) Es könnte sein, dass der begünstigte Anteil weiter zergliedert würde. Dieser Vorgang liesse sich allerdings ohne grosse Schwierigkeiten und Komplikationen analogieweise nach den Regeln des Art. 743 ZGB (Teilung des berechtigten Grundstückes) abwickeln.

bb) Wenn der Inhaber des berechtigten Anteils einen weiteren hinzuerwürbe (oder umgekehrt), dann verschmelzten die beiden Objekte ohne weiteres miteinander, falls dadurch die Belastung des dienenden Grundstücks gleichbliebe (Art. 91 III GBV). Andernfalls müssten jedoch die Anteile verselbständigt werden. Nicht anders könnte man, konsequenterweise, entscheiden, wenn ein einziges Subjekt alle Anteile erwürbe. Dann stünde es aber als Alleineigentümer da, und die Grunddienstbarkeit, die ursprünglich (und dogmatisch immer noch) mit einem Anteil subjektiv-dinglich verknüpft war, diente nachträglich, in der praktischen Konsequenz, dem (ehemals gemeinsamen) Grundstück. Zum gleichen, irgendwie befremdend wirkenden Ergebnis müsste man wohl auch gelangen, wenn das gemeinsame Grundstück als solches durch die Genossen insgesamt veräussert würde; denn es wäre unverständlich, wenn der eine durch Erwerb der zwei einzigen Anteile mehr Befugnisse erhielte als der andere durch Erwerb der Liegenschaft als solcher[20].

cc) Und was hätte schliesslich zu geschehen im Falle der Teilung des gemeinschaftlichen Gegenstandes?

Es wäre denkbar, dass dabei jeder Genosse einen seiner Quote entsprechenden Teil des (realen) Grundstücks zugewiesen erhielte. Diesfalls könnte man mit PARDESSUS[21] annehmen, dass die Dienstbarkeit zugunsten des neugebildeten Grundstücks (des realen Teils) weiterbestehe. Ein Subjektwechsel läge gewiss nicht vor. Aber trotzdem wäre diese Konstruktion theoretisch mindestens zweifelhaft; denn an die für die Dienstbarkeit massgebende Stelle des ursprünglichen, nun untergegangenen herrschenden Grundstückes (des Anteils) wäre als Ersatz ein anderes getreten. Das wäre dingliche Surrogation. Als allgemeines Prinzip ist sie jedoch unserem Sachenrecht unbekannt[22], und für den hier in Frage stehenden besonderen Fall ist sie im Gesetz nicht vorgesehen. Möchte man also die Dienstbarkeit trotzdem retten, so müsste man annehmen, dass gleichsam «über» dem (realen) Teil weiterhin auch noch der zur Fiktion gewordene ursprüngliche Anteil als herrschendes Grundstück existiere.

[20] Allerdings hätte man Schwierigkeiten, dieses Ergebnis rein theoretisch zu begründen, denn die Veräusserung aller Anteile ist, dogmatisch, nicht gleichbedeutend mit der Veräusserung des gemeinschaftlichen Gegenstandes.

[21] 392.

[22] Vgl. die in Anm. 45 des § 12 angegebene Literatur.

Zu dieser Figur müsste man auch greifen, wenn dem Inhaber des begünstigten Anteils nicht nur der quotenmässige, sondern ein grösserer realer Teil oder gar der ganze gemeinschaftliche Gegenstand zugewiesen würde.

Vollends verwirrend gestalteten sich die Verhältnisse, wenn der Servitutenberechtigte anlässlich der Teilung gar keinen oder dann einen kleineren realen Teil erhielte, als es seiner Quote entsprechen würde. Diesfalls müsste man annehmen, dass er seine Portion (ganz oder teilweise) auf die anderen übertragen habe. Das hätte eine Zergliederung dieses Anteils (Art. 743 ZGB) und die mit ihr einhergehende «Vervielfältigung»[23] der Servitut zur Folge. Die so neu entstandenen Anteile müssten als herrschende Grundstücke «über» jedem realen Teil «schweben», und die Ausübung der Dienstbarkeiten müsste sich wohl nach den Quoten dieser Anteile richten. Nehmen wir an, ein Grundstück stehe dem A zu $^2/_3$, dem B und dem C zu je $^1/_6$ nach den Miteigentumsregeln zu. A errichte zugunsten seines Anteils eine Grunddienstbarkeit. Später werde das Grundstück so geteilt, dass jeder, in Abweichung seiner Quote, $^1/_3$ des Ganzen erhält. Man müsste annehmen, dass der A die Hälfte seines Anteils, nämlich $^1/_3$ des Ganzen, auf B und C, auf jeden also $^1/_6$, übertragen habe[24]. Diese Anteile müssten nun «über» jedem realen Teil als herrschende Grundstücke mit den dazugehörenden Servituten gedacht werden, und deren Ausübung müsste sich wohl nach dem Zahlenverhältnis 2 (A) : 1 (B) : 1 (C)[25] richten.

d) Diese praktisch viel zu komplizierten, theoretisch zumindest fraglichen und anhand von allerlei Kunstgriffen zurecht gezimmerten Lösungen vermögen kaum zu überzeugen. In diesen praktischen Schwierigkeiten bestätigt sich eben der (theoretische) Satz, wonach ein Recht nicht mit einem den Keim des Untergangs in sich tragenden Gegenstand subjektiv-dinglich verknüpft werden darf. Diese Schlussfolgerung ist um so mehr gerechtfertigt, als es durchaus andere Mittel gibt, um legitime Bedürfnisse zu befriedigen, die der einzelne Miteigentümer an der Benutzung fremder Grundstücke haben kann.

e) Zunächst ist natürlich – wenn man von der prekaristischen Gestattung absieht – an den obligatorischen Vertrag zu denken. Dieser kann möglicherweise (wie beispielsweise der Miet- oder Pachtvertrag: Art. 260 und Art. 282 OR) im Grundbuch vorgemerkt werden, so dass das Verhältnis eine den dinglichen Rechten ähnliche Wirkung erhält[25a]. Den mutmasslichen zukünftigen Wandlungen des Anteils lässt sich durch eine zweckmässige Gestaltung des Vertrages, durch Aufnahme besonderer Klauseln, Rechnung tragen.

[23] Darüber LIVER, N 20 ff zu Art. 743.

[24] Dieses Zahlenverhältnis nimmt Bezug auf das gesamte gemeinschaftliche Grundstück. Wenn man den Anteil des A als Bezugsgrösse nimmt, so behält A ½, B und C erhalten je ¼ dieses Anteils.

[25] In diesem Verhältnis stehen die Brüche $^1/_3$: $^1/_6$: $^1/_6$ oder ½ : ¼ : ¼ zueinander.

[25a] Allerdings kann die Schwäche der Kündbarkeit eines obligatorischen Vertrags auch nicht durch die Vormerkung behoben werden.

Sodann bietet sich die «andere Dienstbarkeit» i.S. des Art. 781 ZGB an. Als persönliche Dienstbarkeit ist sie nicht mit einem herrschenden Anteil verknüpft; ihr Bestand ist nicht von dessen Existenz abhängig. Allerdings besitzt dieses Recht nicht die Geschmeidigkeit eines obligatorischen Verhältnisses. Der vorsichtige Miteigentümer wird daher nur unter besonderen Voraussetzungen zu diesem Mittel greifen – etwa dann, wenn aus den gesamten Umständen anzunehmen ist, dass die Auflösung der Gemeinschaft noch in weiter Ferne liegt. Möglicherweise wird er sich auch die Vererblichkeit und Übertragbarkeit der Servitut wünschen (irreguläre Personaldienstbarkeit). Das Gesetz bietet ihm die Möglichkeit zu solcher Ausgestaltung an (Art. 781 II ZGB).

Schliesslich bleibt zu überlegen, ob der einzelne Miteigentümer nicht die Befugnis hat, unter besonderen Bedingungen und aus eigener Machtvollkommenheit eine Grunddienstbarkeit zugunsten des *gemeinschaftlichen* Grundstücks zu errichten. Diese Frage soll im letzten Kapitel beantwortet werden.

II. Stockwerkeigentumseinheit als herrschendes Grundstück

1. Im Unterschied zum gewöhnlichen Miteigentum ist das Stockwerkeigentum für die Dauer gedacht und konzipiert[26]. Mit dieser Feststellung entfällt jedoch der bedeutendste Einwand, der gegen die Begünstigung des (gewöhnlichen) Anteils vorgebracht wurde. Zudem besitzt die StWE von Gesetzes wegen eine gewisse Selbständigkeit; sie verliert durch Verschmelzung nicht ipso iure ihr Eigenleben und zerfällt auch nicht in einzelne Anteile, wenn sie mehreren Titularen zugeordnet wird[27].

2. Allerdings weist auch die StWE nicht den gleichen (natürlichen) dauerhaften Bestand auf wie die Liegenschaft. Stockwerkeigentum kann eben aufgehoben werden. Das trifft stets dann zu, wenn dieses in gewöhnliches Miteigentum zurückgeführt oder wenn das gemeinschaftliche Grundstück von den Genossen gemeinsam und unter Aufhebung der besonderen Rechtsform auf einen Dritten übertragen wird. Aber diese Vorgänge sind und bleiben – nach der dem Stockwerkeigentum zugrunde liegenden Vorstellung – Ausnahmen, *atypische Fälle*. Die Überlegungen müssen jedoch an die Regel, an den *typischen Sachverhalt* anknüpfen, und so lässt sich sagen, dass die StWE ein dauerhaftes Rechtsobjekt ist, mit dem sich, aus dieser Sicht, auch eine Dienstbarkeit subjektiv-dinglich verknüpfen lässt.

3. Es ist indessen ein Gebot der Rechtsordnung, dafür zu sorgen, dass auch die Ausnahmeerscheinungen nicht zu untragbaren Konsequenzen führen.

[26] § 12 II.
[27] § 9 III 5 c.

Mit der StWE als herrschendem Grundstück geht notwendigerweise auch die mit ihr subjektiv-dinglich verknüpfte Servitut unter (Art. 734 ZGB). Das trifft insbesondere auch zu, wenn Stockwerkeigentum in gewöhnliches Miteigentum umgewandelt wird, denn dem gewöhnlichen Anteil geht ja die Fähigkeit ab, herrschendes Grundstück zu sein. Aber die Aufhebung des Stockwerkeigentums erfordert, wenn man von dem ganz aussergewöhnlichen Sachverhalt des Art. 712 f III ZGB absieht (Zerstörung des Gebäudes zu mehr als der Hälfte seines Wertes), die Zustimmung aller Beteiligten oder eine dahingehende Erklärung des alle Anteile in seiner Hand vereinigenden Stockwerkeigentümers (Art. 712 f II ZGB). Damit besitzt ein jeder ein wirksames Mittel, um den unfreiwilligen Verlust der Dienstbarkeit zu verhindern. Aber der Servitutenberechtigte kann auch, bevor er die Einwilligung zur Aufhebung des Stockwerkeigentums erteilt, versuchen, die Verhältnisse neu zu regeln. Es ist denkbar, dass die Dienstbarkeit neu mit dem *gemeinschaftlichen* Grundstück verknüpft oder dass die Grunddienstbarkeit in eine (eigentliche oder irreguläre) Personaldienstbarkeit umgewandelt wird; möglich ist natürlich auch die (entgeltliche) Ablösung des Rechts. Jede dieser Operationen setzt freilich die Mitwirkung des Inhabers des dienenden Grundstücks voraus. Verweigert er sie, so kann es sein, dass der berechtigte Stockwerkeigentümer nicht bereit ist, die bestehende Rechtsform (das Stockwerkeigentum) aufzugeben. Muss daraus gefolgert werden, dass die Errichtung von Grunddienstbarkeiten zugunsten der StWE ausgeschlossen sei, weil dadurch Gemeinschaftsinteressen möglicherweise tangiert werden? Diese Folgerung wäre voreilig und unbegründet. Das Gesetz selbst hat in einem ähnlichen Fall die gegensätzlichen Interessen anders bewertet. Wenn die StWE *belastet* ist, dann darf das Stockwerkeigentum nur mit Zustimmung des Inhabers des beschränkten dinglichen Rechts aufgehoben werden, falls dessen Übertragung auf das ganze Grundstück mit Nachteilen (für den Berechtigten) verbunden wäre (Art. 712 f II ZGB). Mittels der (zulässigen) Belastung einer StWE kann somit die Aufhebung des Stockwerkeigentums nach ausdrücklicher Gesetzesbestimmung sogar durch ein ausserhalb der Gemeinschaft stehendes Rechtssubjekt gesperrt werden. Die entsprechende Sperrwirkung, die sich aus der *Begünstigung* des Anteils ergeben kann, liegt daher durchaus im Rahmen dieses Werturteils und hat deshalb für die aufgeworfene Frage keine negativen Folgen.

4. Die Belastung einer StWE vermag unter Umständen die Willensbildung und Willensäusserung der Genossen in unzulässiger Weise zu beeinträchtigen, wenn es darum geht, die Zweckbestimmung des gemeinschaftlichen Gegenstandes zu ändern[28]. Zieht auch die Begünstigung diese unerwünschten Konsequenzen nach sich?

[28] § 13 IV.

Infolge der Preisgabe des Erfordernisses der Utilität verliert eine Grunddienstbarkeit nicht ihre Existenzberechtigung, wenn der Inhalt eines Anteils gewisse Wandlungen durchmacht. Die Dienstbarkeit muss nach schweizerischem Recht nicht dem herrschenden Grundstück als solchem, sondern lediglich seinem jeweiligen Inhaber von Nutzen sein[29]. Dieser Nutzen wird aber in den allermeisten Fällen auch nach der Zweckänderung aktuell sein – man denke nur an Wegrechte oder an Platzrechte (Parkplätze!), an Baubeschränkungen oder an Immissionsverbote. Sollte diese Aktualität ausnahmsweise einmal wegfallen, so kann wohl angenommen werden, dass das Recht ohnehin keine die Willensbildung entscheidend motivierende Bedeutung hatte.

Es zeigt sich, dass die aufgeworfene Frage mit guten Gründen verneint werden kann.

5. Mit dem Dienstbarkeitsrecht kann die Pflicht verbunden sein, die zu dessen Ausübung erforderlichen Anlagen zu unterhalten (Art. 741 ZGB). Es ist denkbar, dass diese Nachteile die Vorteile aus dem Rechte überwiegen. Die Folge davon ist, dass der Wert der (begünstigten) StWE durch die Errichtung einer solchen Grunddienstbarkeit ausnahmsweise abnimmt. Wegen dieser Wertverminderung der StWE will Liver[30] die Entstehung solcher Rechte nicht zulassen.

Ich habe zu diesem Problem bereits Stellung bezogen und die Auffassung vertreten, dass die Wertverminderung des Anteils keine Verfügungsbeschränkung des Stockwerkeigentümers nach sich zieht[31].

6. Es zeigt sich, dass der Errichtung von Dienstbarkeiten zugunsten einer StWE keine besonderen Schranken gesetzt sind. Es ist sogar denkbar, dass innerhalb einer Gemeinschaft die eine StWE berechtigtes, die andere belastetes Grundstück ist. Dann hat man nicht etwa mit einer teilweisen Eigentümergrunddienstbarkeit zu tun, denn die einzelnen Anteile sind voneinander völlig getrennte Rechtsobjekte. Ebensowenig liegt, nach der in dieser Arbeit vertretenen Auffassung und entgegen mancher Äusserung[32], ein solches Rechtsgebilde vor, wenn das gemeinschaftliche Grundstück selbst zugunsten eines Anteils belastet wird; denn Subjekt des Rechts am gemeinsamen Gegenstand ist einzig und allein die «kollektive Einheit».

Es ist denkbar, dass infolge der Verknüpfung einer Dienstbarkeit mit einer StWE *allen* Stockwerkeigentümern Vorteile zufliessen; man denke an Baubeschränkungen oder an Immissionsverbote. Aber diese Vorteile sind für die nicht servitutenberechtigten Stockwerkeigentümer nicht Ausfluss irgendeines

[29] Liver, N 103 ff zu Art. 730; in diesem § I 2.
[30] Fragen, 326.
[31] § 13 V.
[32] Meier-Hayoz, N 31 zu Art. 648; Sattiva, 103; Friedrich, Reglement, N 11 zu § 2.

ihnen zustehenden Rechts, sondern reine *Reflexwirkungen* der dem einzigen Anteilsinhaber zugeordneten Dienstbarkeit[33].

7. In der schweizerischen Doktrin hat sich insbesondere LIVER[34] für die Zulässigkeit der Begünstigung der StWE mit Grunddienstbarkeiten ausgesprochen[35]. Aber auch FRIEDRICH[36] scheint diese Möglichkeit nicht auszuschliessen, von der schon in der Kommission[37] des Nationalrates zur Beratung des Entwurfes des neuen Mit- und Stockwerkeigentumsrechts die Rede war.

Wie die schweizerische lautet in dieser Frage auch die herrschende deutsche Lehre[38].

In Italien ist insbesondere streitig, ob die gemeinschaftlichen Bauteile zugunsten einzelner StWE belastet werden können. Namhafte Autoren[39] sprechen sich dafür aus, falls der Nutzen, der damit vermittelt werden soll, ausserhalb des einem jeden ohnehin schon zustehenden Miteigentumsrechts (an den gemeinschaftlichen Bauteilen)[40] liegt. Die Rechtsprechung weist indessen solche Ansinnen von sich, weil «nemini res sua servit»[41]. BRANCA[42] stimmt in dieser besonderen Frage den Gerichten zu, sieht im übrigen aber keine Absonderlichkeit in der Begünstigung der StWE.

In der französischen Literatur äussert sich, soweit ich sehe, nur SIZAIRE[43] eindeutig: «Il [le copropriétaire] peut également constituer une servitude au profit ... de son lot.»

§ 16 Begünstigung mit Realgrundlasten

I. Gewöhnlicher Miteigentumsanteil als berechtigtes Grundstück

1. Die Realgrundlast steht dem jeweiligen Inhaber des berechtigten Grundstücks zu (Art. 782 II ZGB). Sie kann, wenn man von den öffentlich-rechtlichen Grundlasten (und von den Gülten) absieht, entweder eine Leistung zum Inhalt haben, die sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grund-

[33] Ebenso KATTAUSCH, 34; PARDESSUS, 393.
[34] Fragen, 326.
[35] Über die Schranke, die von ihm gesetzt wird, war in diesem § II 5, schon die Rede.
[36] Reglement, N 11 zu § 2.
[37] Protokoll Kommission NR II, 47.
[38] BÄRMANN, WEG, 214; WEITNAUER/WIRTHS, N 35 a zu § 3 WEG; SÖRGEL/SIEBERT/BAUR, N 14 zu § 3 WEG; RGRK/PRITSCH, N 10 zu § 3 WEG.
[39] SALIS, 97 ff, insbes. 100 ff; PESCATORE/ALBANO/GRECO, Commentario III/3, 210 f.
[40] Über die Konstruktion des italienischen Stockwerkeigentums § 11 VI 1 d.
[41] Nachweise bei SALIS, 97, Anm. 1.
[42] Commentario III/2, 322 ff.
[43] 57, Anm. 137.

stücks ergibt, oder dann eine solche, die für die wirtschaftlichen Bedürfnisse des berechtigten Grundstücks bestimmt ist (Art. 782 III ZGB).

Vorerst wird die zweite Variante betrachtet.

a) Nur ein Grundstück, dessen wirtschaftliche Natur bestimmt und bestimmbar ist, kann die notwendige Grundlage für die Beantwortung der Frage liefern, ob ein konkreter Grundlastinhalt möglich oder unmöglich sei. Mangelt es daran, so fehlt eines der Grundelemente für die Entstehung der Grundlast.

Der gewöhnliche Miteigentumsanteil erfüllt diese Voraussetzung nicht[1]. Daraus folgt zwingend, dass Realgrundlasten, deren Leistungsinhalte für die wirtschaftlichen Bedürfnisse des berechtigten Grundstückes bestimmt sind, niemals mit dem (gewöhnlichen) Anteil subjektiv-dinglich verknüpft werden können.

b) Aber der Entscheid kann für Realgrundlasten anderen Inhalts nicht anders ausfallen. Das ergibt sich aus dem bereits dargelegten[2] Gedanken, der der subjektiv-dinglichen Verknüpfung zugrunde liegt. Dieses Institut kann seine existenzerhaltende Funktion nur erfüllen, wenn das herrschende Grundstück selbst mehr oder weniger das Merkmal der existenziellen Konstanz in sich trägt. Diesem Erfordernis genügt jedoch der gewöhnliche Anteil nicht[3]. Zwar könnten die Parteien vereinbaren, dass der Berechtigte die Ablösung der Grundlast verlangen dürfe, falls der Anteil untergehen sollte (Art. 787 ZGB). Solche Vereinbarungen gehören, falls sie im Errichtungsvertrag oder in späteren, die gleiche Form wahrenden Abmachungen enthalten sind, zum Inhalt der Grundlast und entfalten daher ihre Wirksamkeit nicht bloss unter den Kontrahenten, sondern auch unter ihren Singularsukzessoren[4]. Aber diese Klausel selbst stünde in Widerspruch zum Grundgedanken der subjektiv-dinglichen Verknüpfung; diese will das Recht an sicherem Ort verankern. Die Ablösungsklausel jedoch soll nicht zukünftige Ereignisse auffangen, die die Grundfesten der Verankerungsstelle selbst erschüttern, sondern andere, die sonstwie geeignet sind, den Bestand oder die Ausübung der Grundlast zu berühren.

Immerhin gilt es zu bedenken, dass einerseits die Grundlast lediglich für die Dauer von 30 Jahren gedacht ist (Art. 788 I Ziff. 2 ZGB) und dass andererseits für dieselbe Dauer auch der Aufhebungsanspruch eines jeden Miteigentümers wegbedungen werden kann (Art. 650 ZGB), so dass beide Rechte, Grundlast und Anteil, in bezug auf ihre existenzielle Konstanz sich scheinbar weitgehend annähern können. Allein nichts bietet dafür Gewähr, dass die Gemeinschaft auch tatsächlich dieses Alter erreicht[5].

[1] § 11 II, III 1 und IV 2.
[2] § 15 I 3 a.
[3] § 12 III 1.
[4] Leemann, N 2 zu Art. 787
[5] § 12 III 1 a.

2. Wollte man die Begünstigung des Anteils mit Grundlasten zulassen, so entstünden – anlässlich der Vereinigung mehrerer Anteile in einer Hand oder wenn das gemeinsame Grundstück veräussert oder unter die Genossen real aufgeteilt würde – die schon dargelegten praktischen Schwierigkeiten. Um die Verhältnisse ordnen zu können, müssten allerlei Kunstgriffe angewandt werden, und das Resultat wäre alles andere als einfach und übersichtlich[6].

Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass zu denselben Kunstgriffen und Konstruktionen gegriffen wurde, als es darum ging, die Schwierigkeiten, die sich aus der Anteils*belastung* mit Grundlasten ergeben können, zu überwinden[7]. Soll das, was dort gut war, hier schlecht sein? Liegt darin nicht eine Inkonsequenz?

a) Die Lösungen waren dort nicht schöner und klarer und eleganter als hier; aber sie waren notwendig. Das Gesetz selbst sieht die Anteilsbelastung mit Grundlasten vor (Art. 648 III ZGB); also ist der Wissenschaft aufgegeben, Vorschläge zur Überwindung auftretender Schwierigkeiten zu unterbreiten. Die Lösungsversuche haben dabei allseits auf die Interessen Rücksicht zu nehmen, auch wenn recht komplizierte Verhältnisse entstehen sollten. Der Zwang der Lage lässt keinen anderen Ausweg offen. Aber der Kreis dieser recht komplizierten Regelung darf – im Interesse der Rechtssicherheit – nicht ohne Not ausgeweitet werden. Und wenn es um die Begünstigung der Anteile geht, besteht keine solche Not.

Zunächst spricht das Gesetz nirgends ausdrücklich von der subjektiv-dinglichen Verknüpfung einer Grundlast mit einem Anteil. Diese mehr formelle Überlegung wird sodann von einer materiellen unterstützt. Der Zweck, der durch die *Belastung* der Anteile mit Grundlasten (oder Pfandrechten) verfolgt wird – nämlich die dingliche Sicherung bestimmter Forderungen –, lässt sich mit anderen Mitteln nicht erreichen. Im Unterschied dazu führen zum Ziel, das mit der *Begünstigung* des Anteils angestrebt wird, auch noch andere gangbare Wege.

Zunächst bietet sich die Personalgrundlast an. Ihr Inhalt ist zwar – mit Ausnahmen – auf Leistungen beschränkt, die sich aus der wirtschaftlichen Natur des belasteten Grundstücks ergeben. Aber Realgrundlasten zugunsten des (gewöhnlichen) Anteils könnten – wollte man sie zulassen und wie bereits ausgeführt – ohnehin keine anderen Inhalte aufweisen. Weil aber die Personalgrundlast in der Regel übertragbar und vererblich ist[8], kann sie, wenn es nötig erscheinen sollte, zusammen mit dem Anteil veräussert werden und folgte so dem letztgenannten auf dem Wege, wie es die Realgrundlast – allerdings begriffsnotwendig – tun würde.

[6] § 15 I 3 c und d.
[7] § 12 III 3 c.
[8] LEEMANN, N 37 zu Art. 783; WIELAND, CARL, N 3 zu Art. 783. An diesen Stellen finden sich auch die Ausnahmen.

Sodann bleibt zu überlegen, ob der einzelne Miteigentümer nicht die Möglichkeit habe, aus eigener Machtvollkommenheit eine Grundlast mit dem *gemeinschaftlichen* Grundstück zu verknüpfen. Auf diese Frage soll im letzten Kapitel eingetreten werden.

b) Wie man sieht, liegen die Dinge, wenn man den Anteil mit Grundlasten belasten will, nicht gleich, wie wenn man daran geht, den gleichen Gegenstand mit demselben Recht zu begünstigen. Die gesetzliche Regelung sowohl als auch die praktischen Möglichkeiten sind durchaus verschieden. Dieser Unterschied gebietet, den Geltungsbereich der komplizierten Formel, die für die Anteilsbelastung unter dem Zwang der Verhältnisse erarbeitet werden musste, nicht auch auf die Begünstigung des Anteils auszudehnen. Die subjektiv-dingliche Verknüpfung einer Grundlast mit einem (gewöhnlichen) Miteigentumsanteil ist unstatthaft.

In diesem Sinne äussern sich denn auch die meisten deutschen Kommentatoren, sofern sie überhaupt auf die Frage eintreten[9].

II. Stockwerkeigentumseinheit als berechtigtes Grundstück

1. Das gegen die Verknüpfung der Grundlast mit dem gewöhnlichen Anteil ins Feld geführte Argument der mangelnden existentiellen Dauerhaftigkeit des berechtigten Grundstücks entfällt im Stockwerkeigentumsrecht. So wie die StWE herrschendes Grundstück einer Servitut sein kann[10], so vermag sie auch, aus der hier gewählten Sicht, berechtigtes Grundstück einer Grundlast zu sein. Freilich lässt sich ausdenken, dass das Stockwerkeigentum aufgehoben wird; dann stellt sich die Frage, was mit der Realgrundlast, die schon am gewöhnlichen Anteil nicht mehr den nötigen Halt findet, zu geschehen habe. Die aus einer solchen Situation sich ergebenden Probleme und die dazugehörenden Überlegungen sind bereits dargelegt worden[11]; sie bleiben dieselben, sei nun das verknüpfte Recht eine Realgrundlast oder eine Grunddienstbarkeit.

2. Die Realgrundlast, deren Leistung für die wirtschaftlichen Bedürfnisse des berechtigten Grundstücks bestimmt ist, lässt sich zugunsten des gewöhnlichen Anteils auch deshalb nicht errichten, weil diesem inhaltliche Bestimmtheit und Offenkundigkeit fehlen[12]. Auch diese Mängel sind im Stockwerkeigentumsrecht beseitigt[13].

[9] Staudinger/Dittmann, N 8 f zu § 1105; RGRK/Denecke, N 6 zu § 1105; Planck/Strecker, N 4 zu § 1105.
Anders Bärmann, WEG, 215.
[10] § 15 II.
[11] § 15 II 2 und 3.
[12] In diesem § I 1 a.
[13] § 11 III 2 und IV 3 a; § 12 II 2.

Wenn es aber um die Bestimmung der wirtschaftlichen Bedürfnisse der StWE geht, dann dürfen nur jene Befugnisse berücksichtigt werden, die aus dem gesetzlich umschriebenen Sonderrecht fliessen. Andere, die die Beteiligten lediglich kraft Reglements zugeschieden erhalten, sind ebensowenig beständig und offenkundig wie die Befugnisse des gewöhnlichen Miteigentümers; ihnen haften deshalb auch die gleichen Mängel an[14].

3. Es bleibt zu überlegen, ob die Errichtung von Realgrundlasten Auswirkungen habe auf die Willensbildung und Willensäusserung des einzelnen, wenn es darum geht, die Zweckbestimmung des gemeinschaftlichen Gegenstands zu ändern[15].

Realgrundlasten, deren Leistungsinhalte sich aus der wirtschaftlichen Natur des *belasteten* Grundstücks ergeben, werden von der Änderung der Zweckbestimmung der Gemeinschaftssache nicht berührt; denn ihr Inhalt ergibt sich eben aus der Eigenart des belasteten, nicht aus jener des berechtigten Grundstücks.

Dasselbe lässt sich von den öffentlich-rechtlichen Grundlasten (und von den Gülten) sagen, die überhaupt keine inhaltliche Schranke kennen (Art. 782 III ZGB).

Aber auch Grundlasten, deren Leistungen für die wirtschaftlichen Bedürfnisse des *berechtigten* Grundstücks bestimmt sind, bleiben m. E. grundsätzlich von der (die Ausnahme bildenden) Zweckänderung der Gemeinschaftssache (und somit der begünstigten StWE) unberührt; denn die Vorschrift des Art. 782 III ZGB stellt, wie bereits hervorgehoben[16], eine Schranke auf für die *Errichtung* der Grundlast. Ist sie einmal zu Recht entstanden, so darf der Grundlastgläubiger die Leistung verlangen, unbekümmert um die Zweckbestimmung seines Grundstücks[17].

Daraus folgt, dass keine Grundlast den Stockwerkeigentümer in seiner Willensbildung und Willensäusserung beeinträchtigt. Daher bestehen auch keine besonderen Schranken gegen die Errichtung von Grundlasten zugunsten der StWE, was denn auch schon von deutschen Autoren[18] festgestellt wurde.

[14] § 11 III 2 und IV 3 a; § 12 II 2.
[15] Im einzelnen darüber § 13 IV.
[16] § 13 IV 1 b.
[17] A. M. offenbar LEEMANN, N 15 zu Art. 786.
[18] BÄRMANN, WEG, 214 f und 306; RGRK/DENECKE, N 6 zu § 1105 in Verbindung mit N 21 zu § 873.

§ 17 Ergebnisse des dritten Kapitels

I. Begünstigung des gewöhnlichen Miteigentumsanteils

Mit dem gewöhnlichen Miteigentumsanteil können weder Grunddienstbarkeiten (§ 15 I) noch Realgrundlasten (§ 16 I) subjektiv-dinglich verknüpft werden.

II. Begünstigung der Stockwerkeigentumseinheit

Zu ihren Gunsten kann sowohl eine Grunddienstbarkeit (§ 15 II) als auch eine Realgrundlast (§ 16 II) errichtet werden.

4. Kapitel: Begünstigung des gemeinschaftlichen Grundstücks durch einen Miteigentümer

§ 18 Die Macht des einzelnen Miteigentümers

I. Italienische Lehre

Der italienische Kassationshof[1] hat jedem einzelnen Miteigentümer die Macht zuerkannt, zugunsten des gemeinschaftlichen Grundstücks eine Dienstbarkeit zu errichten. Ihm ist TAMBURRINO[2] gefolgt, der diese Befugnis dem Recht des Miteigentümers, das eben ein Eigentumsrecht sei, entnimmt. Weil aber die so erworbene Grunddienstbarkeit unteilbar sei, könne sie nicht mit einem Anteil verknüpft werden, sondern müsse auf das ganze gemeinschaftliche Grundstück sozusagen «ausgedehnt» werden.

BIONDI[3] hat diese Lehre verfeinert: Das genannte Recht stehe dem einzelnen Miteigentümer nur zu, wenn die Grunddienstbarkeit «a titolo gratuito e senza alcun onere»[4] erworben werde oder wenn der Berechtigte, «nel caso di costituzione a titolo oneroso», alle Aufwendungen selbst übernehme und die Möglichkeit ausschliesse, sich an seinen Genossen schadlos zu halten[5]. Es fehlt indessen nicht an gewichtigen Stimmen, die dieser Auffassung grundsätzlich entgegentreten. BRANCA[6], DEIANA[7] und auch ALBANO[8] anerkennen nur, dass der einzelne als Mandatar (mit Vertretungsmacht) oder als Geschäftsführer ohne Auftrag handeln oder einen Vertrag zugunsten Dritter abschliessen könne. Die so hergestellten rechtlichen Verhältnisse müssten, so führt insbesondere DEIANA aus, nach den Regeln dieser rein obligationenrechtlichen Institute abgewickelt werden. Dass jedoch der einzelne aus eigener Machtvollkommenheit die anderen zu Subjekten eines Rechts (der Grunddienstbarkeit) machen könne, lehnen sie entschieden ab.

In dieser italienischen Lehre ist die Rede von der Möglichkeit des einzelnen Miteigentümers, das *gemeinschaftliche* Grundstück aus eigener Machtvollkom-

[1] Cass. 3 giugno 1959, zitiert bei TAMBURRINO, 72, und bei BIONDI, 176, Anm.18.
[2] 72 f. Zum gleichen Ergebnis gelangten auch ältere französische Autoren: DEMOLOMBE, 245 f; PARDESSUS, 390 ff.
[3] 172 ff.
[4] BIONDI, 176.
[5] Ders., 267.
Auch für BIONDI ist diese Befugnis des Miteigentümers, wie er an derselben Stelle und auch auf Seite 176 ausführt, Ausfluss des Eigentumsrechts.
[6] Commentario III/1, 297, und Anm. 3 auf ders. Seite.
[7] GROSSO/DEIANA, Trattato V/1, 507 ff.
[8] PESCATORE/ALBANO/GRECO, Commentario III/2, 499. Gegen diese Theorie BIONDI, 177.

menheit zu begünstigen. Insofern liegt die Diskussion ausserhalb des Problemkreises dieser Arbeit. Immerhin sind die entwickelten Gedanken auch hier von Interesse, denn sie sind dazu geeignet, dem schweizerischen Recht Lösungen vorzuzeichnen, die in den *praktischen Auswirkungen* die Interessen des einzelnen Miteigentümers, der eine Grunddienstbarkeit oder eine Realgrundlast erwerben möchte, zu berücksichtigen vermögen.

II. Schweizerische Lehre

Art. 648 ZGB regelt die Verfügung über den gemeinschaftlichen Gegenstand. Der Ausdruck «Verfügung» (im Marginale) ist allerdings nicht im juristisch-technischen Sinne verwendet, sondern umfasst auch den Gebrauch und die Nutzung der Sache[9].

Die ersten zwei Absätze dieses Artikels sind von der Revision des Miteigentumsrechts nicht erfasst worden. Der deutsche Text hat lediglich eine redaktionelle Bereinigung erfahren[10].

Hier interessiert vor allem der Absatz II der Bestimmung, der von der «Veräusserung oder *Belastung* der Sache» spricht und dafür grundsätzlich die Übereinstimmung aller Miteigentümer verlangt. Der französische Text ist (sprachlich) weiter gefasst: «Le concours de tous est nécessaire pour les aliénations, *constitutions de droits réels*...» Daraus haben sowohl LEEMANN[11] als auch MEIER-HAYOZ[12] gefolgert, dass nicht nur die Belastung, sondern auch die *Begünstigung* des gemeinschaftlichen Gegenstandes (grundsätzlich) dem Einstimmigkeitsprinzip unterliege. Sie weisen indessen nicht auf den italienischen Text hin, der in Übereinstimmung mit dem deutschen bestimmt: «Per alienare la cosa, per *imporle degli aggravi*...»

III. Neue Auslegung von Art. 648 II ZGB

1. Die deutschen, französischen und italienischen Texte sind einander gleichgestellt; es gilt der Grundsatz der Gleichwertigkeit[13].

Aus dem Umstand, dass zwei Texte lediglich von der *Belastung der Sache* und nur der dritte (der französische) *allgemein* von der *Errichtung beschränkter*

[9] Botschaft, 1507 f.
[10] Botschaft, 1508.
[11] N 25 zu Art. 648.
[12] N 27 zu Art. 648.
[13] MEIER-HAYOZ, N 98 f zu Art. 1. Über den massgebenden Wortlaut allgemein ders., N 94 ff zu Art. 1.

dinglicher Rechte spricht, lässt sich nichts ableiten; denn es ist nicht von vornherein jene Bedeutung massgebend, die in zwei von den drei Texten übereinstimmend zum Ausdruck gelangt[14].

2. Eine historische Betrachtung zeigt zunächst, dass schon der Vorentwurf des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartementes aus dem Jahre 1899 den für uns wichtigen Passus in der Fassung enthielt, die später ins ZGB überging. Art. 708 II VE (dem heutigen Art. 648 II ZGB entsprechend) bestimmt: «Zur Veräusserung oder Belastung der Sache...»; «Le concours de tous est nécessaire pour les aliénations, constitutions de droits réels...». Aufschlussreich ist indessen, dass gerade diese französische Formulierung offenbar nicht ganz zu befriedigen vermochte. Man liest im Stenogramm der Expertenkommission zu Art. 651 VE[15] (= Art. 708 VE 1899): «De Felice reprend la proposition contenue au rapport vaudois du 27 octobre 1902:

‚Le concours de tous est nécessaire pour aliéner la chose à un tiers, *la grever* [von mir hervorgehoben] ou en changer la destination...'

Der Antrag wird als *redaktionell* [von mir hervorgehoben] vorgemerkt und der Art. unverändert angenommen.»

Es fällt auf, dass nicht von einer materiellen, sondern lediglich von einer redaktionellen Änderung die Rede war. Über den Sinngehalt des Absatzes war man sich offenbar einig: Es ging um die Belastung, nicht auch um die Begünstigung des gemeinschaftlichen Gegenstandes. Andernfalls wären in diesem Zusammenhang die beiden Fragen bestimmt auseinandergehalten worden; zumindest wäre dem Antrag eine Diskussion darüber gefolgt, ob die Begünstigung gleich der Belastung zu behandeln sei. Darüber fehlt jedoch jede Äusserung, wie denn auch die redaktionelle Klarstellung ausgeblieben ist.

Auch Eugen Huber[16] hat sich im Sinne des deutschen und italienischen Textes geäussert. Die rechtlichen Verfügungen, so führt er aus, erheischten unbedingt Einstimmigkeit. Zu den rechtlichen Verfügungen zählt er aber ausdrücklich nur die Belastung und die Veräusserung, nicht jedoch die Begünstigung der Sache selbst.

3. Diese historische Interpretation zeigt m. E. unzweideutig, dass Art. 648 II ZGB nur die Belastung, nicht auch die Begünstigung des gemeinschaftlichen Gegenstands regelt. Zum gleichen Ergebnis führt denn auch die teleologische Betrachtungsweise. Die Interessenlage des einzelnen verbietet es, dass ihm die ganze Sache oder doch wesentliche Befugnisse daran ohne seine Einwilligung entzogen werde. Aber wenn es um die Begünstigung geht, dann liegen die Dinge – zumindest in einzelnen Fällen – doch wesentlich anders; es kann dann

[14] Meier-Hayoz, N 110 zu Art. 1.
[15] Stenogramm Expertenkommission ZGB, 15.
[16] Erläuterungen zum Vorentwurf II, 70 f.

sein, dass die Gemeinschaft Vorteile erwirbt, ohne dafür irgendeine Gegenleistung erbringen zu müssen. Es wird sofort ersichtlich, dass die Schutzbestimmung des Art. 648 II ZGB nicht unbesehen auf solche Fälle übertragen werden darf.

IV. Umfang der Befugnis des Miteigentümers

1. An dieser Stelle wird nur die Rechtsmacht des *einzelnen* Miteigentümers untersucht. Die weitere Frage, ob die Errichtung bestimmter Servituten zugunsten des gemeinschaftlichen Grundstücks eines Mehrheitsbeschlusses oder der Einstimmigkeit bedürfe, bleibt unberücksichtigt. Immerhin sei darauf hingewiesen, dass die italienische Rechtswissenschaft[17] eine bemerkenswerte Unterscheidung vornimmt: Wenn die Entschädigung für die (entgeltlich erworbene) Servitut nicht übermässig (una spesa eccessivamente gravosa) ist, genügt ein qualifiziertes Mehr; sprengen hingegen Entschädigung oder andere übernommene Pflichten dieses vernünftige Mass, dann – und nur dann – müssen alle Beteiligten der Errichtung der Grunddienstbarkeit zustimmen. Gesetzliche Grundlage dieser Regelung ist art. 1108 I Ccit[18].

2. Grundsätzlich lässt sich sagen, dass der einzelne Miteigentümer dann aus eigener Macht eine Dienstbarkeit zugunsten des gemeinschaftlichen Grundstücks errichten kann, wenn dadurch die übrigen Genossen in keiner Weise beschwert werden. Solchenfalls erwerben sie bloss Vorteile, ohne dafür irgendeine Gegenleistung erbringen zu müssen; eines besonderen Schutzes bedürfen sie alsdann nicht.

Diese Voraussetzung ist einmal dann erfüllt, wenn die Dienstbarkeit aus unentgeltlichem Rechtstitel, beispielsweise aus Schenkung oder aus Vermächtnis, erworben wird und mit ihr keine Pflicht verbunden ist, Vorrichtungen, die der Ausübung der Servitut dienen, zu unterhalten (Art. 741 ZGB). Beruht hingegen die Errichtung der Servitut auf einem entgeltlichen Rechtstitel oder ist mit ihr irgendeine Pflicht verbunden, so muss verlangt werden, dass der handelnde Miteigentümer all diese Leistungen in verbindlicher Weise auf sich nimmt und die Möglichkeit ausschliesst, sich in einem späteren Zeitpunkt an seinen Mitgenossen schadlos zu halten. Es dürfte nicht allzu schwer fallen, diese Bedingun-

[17] Biondi, 175 ff; Branca, Commentario III/1, 297; Grosso/Deiana, Trattato V/1, 510 f.

[18] Art. 1108 I Ccit: «(Innovazioni e altri atti eccedenti l'ordinaria amministrazione.) – Con deliberazione della maggioranza dei partecipanti che rappresenti almeno due terzi del valore complessivo della cosa comune, si possono disporre tutte le innovazioni dirette al miglioramento della cosa o a renderne più comodo o redditizio il godimento, purché esse non pregiudichino il godimento di alcuno dei partecipanti e non importino una spesa eccessivamente gravosa.»

gen zu erfüllen. Das gemeinschaftliche Grundstück und die zu dessen Gunsten errichtete Dienstbarkeit sind dem gleichen Subjekt zugeordnet, nämlich der Gemeinschaft als kollektiver Einheit[19]. Es ist aber durchaus denkbar, dass die Ausübung der Servitut einer eigenen Nutzungs- und Verwaltungsordnung folgt, nicht der gleichen wie die Ausübung des Rechts am gemeinschaftlichen Gegenstand. Und in einem solchen Sonderstatut müssen die Modalitäten geregelt sein: Übernahme aller Lasten durch den einen Miteigentümer. Weil aber die Nutzungs- und Verwaltungsordnung auch für jeden Sonderrechtsnachfolger eines Anteilsinhabers verbindlich ist (Art. 649 a ZGB), besteht in der Tat dafür Gewähr, dass die übrigen Genossen durch die Dienstbarkeitserrichtung in keiner Weise beschwert werden.

Durch das Mittel der Nutzungs- und Verwaltungsordnung ist es aber auch möglich, den Nutzen aus der Dienstbarkeit demjenigen Miteigentümer zufliessen zu lassen, der die Lasten trägt, so dass er, *im praktischen Ergebnis,* dasteht, als ob er seinen eigenen Anteil begünstigt hätte.

3. Diesen der italienischen Doktrin und Praxis entnommenen Vorschlägen kann jedenfalls nicht – unter Hinweis auf das Schenkungsrecht – entgegengehalten werden, sie seien deshalb unannehmbar, weil nach unserer Rechtsordnung niemandem ein Rechtsvorteil gegen oder ohne seinen Willen zugewandt werden könne. In den hier anvisierten Fällen befindet man sich im Reiche der Gemeinschaftsverhältnisse, wo nicht Einzelinteressen gesondert, sondern stets im Gesamtzusammenhang beurteilt werden müssen. Und wenn der einzelne durch bestimmte Rechtshandlungen seine Lage verbessern kann, dann wird man den anderen wohl zumuten dürfen, Vorteile, die sich möglicherweise daraus ergeben, anzunehmen. Die Befugnis des Miteigentümers aber, Dienstbarkeiten, wie sie hier in Frage stehen, aus eigener Machtvollkommenheit zu errichten, ist, entgegen der in Italien vertretenen Auffassung[20], nicht Ausfluss seines Eigentumsrechts; denn ein solches steht ihm gar nicht zu. Vielmehr ist, innerhalb des umschriebenen Kreises, ein jeder für sich allein berufen, den Gemeinschaftswillen zu bilden und ihn nach aussen zu betätigen.

4. Diese Gedanken führen jedoch noch weiter. Unter den namhaft gemachten Voraussetzungen muss dem Miteigentümer auch das Recht zugesprochen werden, eine Grundlast mit dem Gemeinschaftsgegenstand subjektiv-dinglich zu verknüpfen; denn die Interessenlage ist hier wie dort die gleiche. Und es versteht sich, dass der weiter entwickelte Bruder des Miteigentümers, der Stockwerkeigentümer, nicht minder mächtig ist.

[19] § 5 IV.
[20] Tamburrino, 72 f; Biondi, 176, 267.